

**Rivista
scientifica
quadrimestrale**

Anno 2023 / Fascicolo II

La Rivista Dirittifondamentali.it è registrata presso il Tribunale di Cassino n. 830 del 14.6.2017.

Rivista quadrimestrale inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche

ISSN 2240-9823

Comitato di direzione

Prof.ssa Agata Cecilia Amato, Prof. Vincenzo Baldini, Prof. Stelio Mangiameli, Prof. Fabrizio Politi, Prof. Vincenzo Tondi della Mura

Direttore responsabile

Prof. Vincenzo Baldini

Indice

C. Colapietro – Il diritto alla portabilità dei dati e l’evoluzione del quadro normativo.....	1
A. Marcianò - Obblighi di sicurezza sul lavoro e fattispecie peculiari di responsabilità datoriale. Il ruolo della formazione nel sistema prevenzionale.....	14
C. Iannello - La ratio dell’obbligo vaccinale nella recente giurisprudenza costituzionale.....	43
L. Louvin - Un’asimmetria istituzionale storicamente consolidata: le funzioni prefettizie del Presidente della Regione Valle d’Aosta/Vallée d’Aoste.....	72
G. Cerrina Feroni - La parabola del principio di sicurezza: una nemesi giuridica?.....	100
P. Piluso - La legge costituzionale n. 1 del 2022 e la novella dell’art. 9 Cost.: questioni aperte sulla modificabilità dei principi fondamentali. Qualche certezza giuridica e (non pochi) dubbi di politica del diritto.....	111
A. Lamberti - Tutela dell’ambiente e Costituzione. Il Magistero di Papa Francesco e l’impegno etico del giurista. (Parte Prima – La legge costituzionale n. 1 del 2022 tra “vecchi” e “nuovi” bilanciamenti).....	137
G. Fasano - La sfida della digitalizzazione della pubblica amministrazione nel quadro dei valori costituzionali: tra open data, riuso delle informazioni pubbliche e diritto al buon andamento.....	166
V. Pagnanelli - La smart city come ecosistema digitale. Profili di data governance.....	188
A. Lamberti - Tutela dell’ambiente e Costituzione Il Magistero di Papa Francesco e l’impegno etico del giurista. (Parte Seconda – Contrasto al cambiamento climatico, “ecologia integrale” ed impegno etico)...	209

G. Fasano - La sfida della digitalizzazione della pubblica amministrazione nel quadro dei valori costituzionali: tra open data, riuso delle informazioni pubbliche e diritto al buon andamento.....	233
G. Cerrina Feroni - Obblighi vaccinali, conseguenze del mancato assolvimento e Costituzione. Una lettura critica delle sentenze della Corte costituzionale n. 14 e 15 del 2023	245
V. Baldini - La Costituzione della persona e il costituzionalismo del mondo globale. Aspetti problematici di una tensione già esistente tra Costituzione della libertà ed esercizio del potere pubblico. (<i>editoriale del Direttore</i>).....	289
A. Amore - Dovere di difesa della Patria e patto sociale tra “Amministrazione della difesa e cittadino”: l’alba di una nuova responsabilità da c.d. “ingegneria sociale”?.....	294
G. Urbano - Un nodo ancora irrisolto sul riparto di giurisdizione: le prestazioni sanitarie all’estero tra giudice ordinario e giudice amministrativo).....	319
R. Razzante - Il sistema dei media tra pluralismo, indipendenza e trasparenza. Compatibilità del quadro giuridico nazionale italiano con le norme dell’European Media Freedom Act (EMFA).....	341
F. Ciccarella - Sexist hate speech in the European and Italian legal framework.....	369
A. Chiappetta - Il tessuto valoriale delle Comunità energetiche rinnovabili: un virtuoso modello di partecipazione attuativo del dettato costituzionale.....	394
E. Fazio - Le “eccezioni” del diritto della concorrenza per contrastare la povertà energetica.....	418
M. Greco - Prime note sulla dimensione costituzionale della povertà energetica. L’ipotesi di un diritto sociale all’energia	437
A. Romeo - Il (non)costituzionalismo del bene comune: con Dworkin, ma contro Dworkin.....	461
G. Papa - Libertà di informazione e rilievi critici per il contrasto della diffusione di fake news.....	489

K. Galicz - Solidarietà nel settore energetico: Prospettive e strumenti dell'Unione europea per contrastare la povertà energetica.....	497
R. Limongelli - Navigating the AI Paradox: Tackling Energy Poverty and Reducing Environmental Impact through Sustainable Artificial Intelligence Development.....	518
L. Sposini - The European strategy against energy poverty: the new prosumer between lights and shadows.....	535
E. Virardi - Le misure di contrasto alla povertà energetica alla luce dell'approccio socio-cognitivo.....	555
E. Platania - L'art. 120 del Codice della Strada e i condannati per reati connessi al traffico di sostanze stupefacenti. "... Ciechi che, pur vedendo, non vedono"	570
L. Buscema - Le declinazioni assiologiche dell'insegnamento della legislazione riferita all'inclusione scolastica nell'ambito dei corsi di formazione per il conseguimento della specializzazione per le attività di sostegno.....	582
A. Cariola - Come nasce un diritto.....	607
A. Ruggeri - Vicende salienti della forma di governo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e della tutela dei diritti fondamentali.....	631
D. Coduti - I colloqui in carcere e il complesso (ma necessario) bilanciamento tra tutela della sicurezza e diritti di detenuti e minori. Brevi note a Corte cost., sent. n. 105 del 2023	669
C. Equizi - Il limite delle risorse disponibili nella tutela dei diritti delle persone vulnerabili.....	690
A. Fonzi - Il diritto all'istruzione dei disabili fra discriminazione e tagli di bilancio. Esiste un diritto alla differenza?.....	709
M. Cerbone - La pressione del legislatore sui diritti dei lavoratori: la vaccinazione anti SARS-CoV-2 al vaglio della Corte costituzionale.....	735

G. M. Napolitano - LEP, perequazione e federalismo fiscale: la Corte si astiene ma richiama il Parlamento.....761

L. Mellace - Il diritto internazionale tra idealità ed effettività: alcune questioni controverse.....777

C. Magnani - Nuovi media, libertà di espressione e costituzionalismo.....795

Il diritto alla portabilità dei dati e l'evoluzione del quadro normativo*

di

Carlo Colapietro**

Sommario: 1. Regolare la tecnologia tra costituzionalismo e istanze para-costituzionali. – 2. Profili di connessione tra DSA e GDPR. – 3. Il diritto alla portabilità: applicazione e limiti. – 4. Conclusioni: un mosaico di fonti per garantire la portabilità.

1. Regolare la tecnologia tra costituzionalismo e istanze para-costituzionali

Nella società tecnologica, il potere non è più un attributo esclusivo dei soggetti pubblici. Pertanto, una delle maggiori sfide del “nuovo costituzionalismo” a caratteri europei descritto da Enzo Cheli¹ è proprio quella di offrire modalità di

* Il contributo riproduce – opportunamente aggiornato, ampliato ed integrato dell'apparato bibliografico – il testo della Relazione svolta nell'ambito del Convegno “Verso un nuovo quadro normativo europeo: Digital Services Act, Data Governance Act e Data Act”, organizzato dalla Fondazione CESIFIN Alberto Predieri a Firenze il 12 e 13 aprile 2022, ed è destinato alla raccolta di Scritti in onore di Vittorio Angiolini, in corso di pubblicazione.

**Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Università degli Studi Roma Tre.

¹ E. CHELI, *Conclusioni*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2, 2021, p. 956, secondo il quale «questo nuovo costituzionalismo che, proprio per la dimensione dei problemi posti in campo dalla rivoluzione digitale, non potrà assumere le sue forme definitive altro che nello spazio sovranazionale utilizzando quel patrimonio delle “tradizioni costituzionali comuni” che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione ha già da tempo richiamato e che le giurisprudenze dei vari paesi dell'Unione stanno da tempo valorizzando. Una linea che [...] negli anni più recenti è già emersa nelle normazioni europee varate o in corso di formazione in tema di disciplina dei dati e di regolamentazione dell'intelligenza artificiale e che si esprime con molta chiarezza attraverso l'enunciazione di principi diretti a garantire l'impiego di algoritmi trasparenti, affidabili e controllabili, idonei cioè a garantire un'intelligenza artificiale, come viene scritto nei documenti europei, “umanocentrica”».

risposta rapide, flessibili e tecnicamente avanzate «per la difesa dei diritti nel rapporto con i nuovi poteri»².

Occorre infatti individuare gli strumenti «più adeguati ed efficaci per “dare una regola”»³, nella prospettiva di garantire che il progresso tecnologico ed economico possa proseguire, garantendone il migliore sviluppo sempre a tutela delle persone, che, in quanto umane, devono rappresentare il fine primario dello sforzo del legislatore e del giurista⁴.

In questo contesto, occorre tener presente che la forte intermediazione delle piattaforme digitali nelle transazioni commerciali, peculiare dell'attuale struttura del mercato digitale, da una parte comporta un accrescere della dipendenza delle imprese dalle piattaforme *online*, che finiscono per operare quasi come “guardiane” (c.d. *gatekeepers*) dei mercati e, dall'altra, impone ai consumatori di utilizzarle per intercettare le offerte di beni e servizi⁵. È evidente, quindi, lo sviluppo di una sorta

² Così ancora E. CHELLI, *Conclusioni*, cit., per il quale «l'azione delle autorità amministrative indipendenti, per risultare efficace nella difesa dei diritti che l'ecosistema digitale sta aggredendo, dovrà d'altro canto sempre più adattarsi alle caratteristiche della società digitale che è segnata dalla presenza di connessioni sempre più strette tra la sfera individuale, la sfera economica e la sfera sociale. Dalché l'esigenza di un sempre più stretto coordinamento anche tra le diverse autorità nazionali investite di compiti in questi diversi settori della sfera umana, coordinamento che già comincia a trovare alcune espressioni sia in Italia [...] sia nel contesto europeo. Queste sono solo alcune delle riflessioni che è possibile oggi fare in ordine alla grande partita che l'uso degli algoritmi e dell'intelligenza artificiale sta aprendo sul piano costituzionale in una competizione che è ormai di carattere mondiale, ma dove l'Europa, utilizzando il peso delle tradizioni costituzionali comuni ai paesi dell'Unione, ha qualcosa di suo da difendere e da dire».

³ A. SIMONCINI, *Sistema delle fonti e nuove tecnologie*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2021, p. 728. Sul punto autorevolmente cfr. anche A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli, Firenze, 1997; ID., *Le norme tecniche nello stato pluralista e prefederativo*, in *Il diritto dell'economia*, 2, 1996, pp. 251 ss.; e, più di recente, G. TARLI BARBIERI, *Considerazioni di sintesi sul ruolo delle autorità amministrative indipendenti nella regolazione delle decisioni algoritmiche*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2, 2021, pp. 940 ss.; nonché, diffusamente, E. CREMONA, *I poteri privati nell'era digitale. Libertà costituzionali, regolazione del mercato, tutela dei diritti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2023, passim e, già prima, ID., *L'erompere dei poteri privati nei mercati digitali e le incertezze della regolazione antitrust*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2, 2021, pp. 879 ss.

⁴ F. LAVIOLA, *Regolazione della tecnologia e dimensione del tempo*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 3, 2021, p. 1188.

⁵ M. MIDIRI, *Le piattaforme e il potere dei dati (Facebook non passa il reno)*, in *Dir. informazione e informatica*, 2, 2021, p. 111, il quale in nota chiarisce che così è definito «chi controlla l'accesso a servizi *online* cruciali per raggiungere gli utenti. Per distribuire le loro app agli utenti di dispositivi iOS, gli sviluppatori debbono passare per App Store: App Store “controlla” l'accesso agli utenti iOS (Apple non ammette sui dispositivi iOS altri app store: ecco la barriera

di vero e proprio potere di carattere pubblicistico da parte di questi soggetti, al quale deve corrispondere l'apposizione di regole e limiti al fine di proteggere il diritto e gli interessi delle imprese e dei singoli individui. Si deve dunque raccogliere l'invito a perseguire una nuova funzione per il costituzionalismo, il quale non è più soltanto legato al potere pubblico, ma al contrario oggi è chiamato a limitare i poteri "para costituzionali" esercitati sul web dai colossi privati⁶.

Il funzionamento dei mercati digitali, basato sulla dinamica testé richiamata, pone molteplici tipologie di questioni giuridicamente rilevanti. Tra queste figurano non solo la tutela dei dati personali, ma anche la tutela della concorrenza, la tutela della legalità dei contenuti pubblicati, nonché la tutela dei dati non personali, sempre più utili alle imprese per comprendere i *trend* di mercato.

Invero, come si vedrà a breve, è proprio sul terreno dei *nuovi diritti digitali* che sembra oggi risolversi il problema della praticabilità di un raffronto tra norme costituzionali nazionali e le disposizioni di matrice europea. Un nuovo diritto

all'ingresso). Per avere un *gatekeeper* non è necessario che esso sia l'unico punto di accesso; basta che controlli l'accesso a una categoria di utenti sufficientemente ampia. Un esempio è Google: è difficile per le imprese competere senza il traffico di ricerca generato da Google. E così Amazon: l'accesso alla sua piattaforma è vitale per molti rivenditori».

Al riguardo v. anche: F. LAVIOLA, *Il diritto all'autodeterminazione informativa tra concorrenza e data protection. Riflessioni a margine della saga Facebook c. Bundeskartellamt nella giurisprudenza delle corti tedesche e in attesa della Corte di Giustizia*, in E. CREMONA, F. LAVIOLA e V. PAGNANELLI (a cura di), *Il valore economico dei dati personali tra diritto pubblico e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 27 ss.; M. R. ALLEGRI, *Il futuro digitale dell'Unione europea: nuove categorie di intermediari digitali, nuove forme di responsabilità*, in *Riv. it. inf. e dir.*, 2, 2021, pp. 7 ss.; V. PAMPANIN, *I nuovi protagonisti del mondo digitale tra neutralità della Rete e accesso all'informazione*, in *Inf. e dir.*, 1/2, 2017, pp. 237 ss.

Rilevante è anche il rapporto tra piattaforme *online* e utenti quali soggetti ormai "costretti" a passare per l'intermediazione delle prime, il vero "luogo" dove avviene la conclusione di una gran parte di rapporti contrattuali: sul tema si rimanda a E. BATTELLI, *Questioni aperte in materia di contrattazione nelle piattaforme online*, in *I Contratti*, 5, 2022, pp. 563 ss.; ed ID, *I modelli negoziali di business degli operatori digitali a "prezzo zero" non sono "gratuiti"*, in *I Contratti*, 2, 2022, pp. 355 ss.

⁶ A. IANNUZZI, *La governance europea dei dati nella contesa per la sovranità digitale: un ponte verso la regolazione dell'intelligenza artificiale*, in *SSPC*, 1, 2021, p. 51, il quale afferma come «in questo contesto, molte autorevoli voci sollecitano l'affermazione di una nuova fase del costituzionalismo, quella che pare condurre alla genesi di un costituzionalismo digitale. Da parte mia, invito ad accogliere, in questa fase, una nuova funzione per il costituzionalismo, oltre a quella tradizionale di limite al potere pubblico, chiamato oggi a operare anche nella direzione di limite all'abnorme potere di soggetti privati, che esercitano ormai sul *web* poteri para costituzionali».

costituzionale, a tutela dei diritti umani nell'*infosfera*⁷, è oggi pensabile solo in una prospettiva sovranazionale.

Il Regolamento UE 2016/679 (*General Data Protection Regulation*, c.d. GDPR) ha rappresentato, in questo senso, soltanto l'inizio del percorso di regolamentazione, da parte dell'Unione Europea, del settore delle piattaforme digitali. Compiuto questo primo importante passo, infatti, il legislatore europeo ha cominciato immediatamente a interessarsi a tutto tondo del tema, tanto che sembra in atto un'operazione di «recupero della centralità delle fonti del diritto» da parte dell'Unione Europea⁸.

In primo luogo, per promuovere equità e trasparenza nel rapporto tra le piattaforme online e le imprese commerciali che le utilizzano per la fornitura dei propri servizi, è stato adottato il Regolamento UE 2019/1150 ("Regolamento P2B"), in vigore dal 12 luglio 2020.

In particolare, con riferimento ai dati, personali e non, tale atto normativo ha introdotto l'obbligo per le piattaforme di chiarire e regolare nei propri termini e condizioni le modalità con cui gli utenti commerciali possono accedere ai dati di cui dispongono, anche in forma aggregata, forniti o generati mediante la fornitura di servizi di intermediazione. Sebbene non si tratti di una portabilità in senso stretto, tuttavia in questo modo si persegue l'obiettivo di consentire una permeabilità dei dati dalle piattaforme all'ecosistema economico che vi opera.

Inoltre, nel 2020 la Commissione Europea ha predisposto diverse ulteriori iniziative legislative volte ad aggiornare le norme che regolamentano i servizi digitali nell'UE⁹ ed affermare la relativa sovranità in materia.

⁷ Il riferimento è alle note tesi di L. FLORIDI, *Pensare l'Infosfera. La filosofia come design concettuale*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2020.

⁸ Così A. IANNUZZI, *La governance europea dei dati nella contesa per la sovranità digitale: un ponte verso la regolazione dell'intelligenza artificiale*, cit., p. 51, il quale sostiene che tale direzione «è quella giusta perché può consentire di affrontare correttamente il tema della sovranità e del potere nell'era digitale che rappresenta uno dei problemi più rilevanti del costituzionalismo del XXI secolo».

⁹ Sul pacchetto di riforme europee si veda il documento *Digital Services Act and Digital Markets Act Stepping stones to a level playing field in Europe*, pubblicato dal Comitato Economico e Sociale europeo e disponibile su [Digital Services Act and Digital Markets Act - Publications Office of the EU \(europa.eu\)](https://publications.ec.europa.eu/publication-detail/-/publication/11111111-1111-1111-1111-111111111111).

In particolare, si tratta delle proposte, in buona parte oggi già approvate e la cui entrata in vigore è diversamente dilazionata nel tempo, che vanno sotto il nome di *Digital Services Act* (DSA)¹⁰ e *Digital Markets Act* (DMA)¹¹, i quali vanno a completare il pacchetto normativo introdotto con la proposta di *Data Governance Act* (DGA)¹², cui ha fatto recentissimamente seguito la proposta di *Data Act* (DA)¹³ e di *Artificial Intelligence Act*¹⁴ (AIA). L'insieme di questi atti normativi è anche il frutto del tentativo del legislatore di procedere attraverso un'ampia consultazione degli *stakeholders*, in un'ottica democratica volta alla ricerca di un punto di incontro tra interessi diversi, al fine di emanare atti normativi vincolanti preventivamente maturati nella ricerca di un accordo tra le parti coinvolte¹⁵.

Si tratta di atti normativi chiamati a formare, nel prossimo futuro, un unico insieme di nuove regole applicabili in tutta l'UE al fine di creare uno spazio digitale più sicuro e aperto, nell'intenzione, da una parte, di garantire la concorrenza del

¹⁰ Regolamento (UE) 2022/2065 "relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali)". La proposta regolamentare è stata definitivamente approvata e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea il 27 ottobre 2022.

¹¹ Regolamento (UE) 2022/1925 "relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali)". Anche questa proposta di Regolamento è stato ormai definitivamente approvata e il testo pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea il 12 ottobre 2022.

¹² Regolamento (UE) 2022/868 "relativo alla governance europea dei dati e che modifica il regolamento (UE) (Regolamento sulla governance dei dati)". Il Regolamento è stato approvato e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea del 3 giugno 2022.

¹³ Attualmente sono ancora in corso i negoziati relativi all'ultima versione della proposta di regolamento, risultando consultabile solo la proposta di Regolamento (UE) 2022/004 "riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo (normativa sui dati)", presentata il 23 febbraio 2022.

¹⁴ Risulta ancora aperto l'iter di approvazione della proposta di Regolamento (UE) 2021/0106 "che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione", del 21 aprile 2021.

¹⁵ Sul punto, relativamente alla regolamentazione della tecnologia e di Internet, si veda G. DE MINICO, *Towards an "Algorithm Constitutional by Design"*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2021, p. 383, la quale afferma: «Therefore, we propose a median hypothesis coherent with the order which links binding sources and self-regulation [...]. First, the legislative power should be vested in a public supranational authoritative body, based on legal and binding provisions, which also define the nature and scope of its powers. [...] Second, the decision-making process of such a body should encompass a strong representation of private interests concerning the Internet such as entrepreneurs, web surfers, and consumers. Opposing stakeholders should discuss basic issues before a public authority, which is able to make a final decision after the different views have been listened to and fully taken into account».

mercato (digitale) europeo e, dall'altra, di assicurare condizioni di parità nell'accesso alle piattaforme digitali e ai dati da esse generati¹⁶.

Nel regolamentare l'attività svolta dalle piattaforme che rivestono la funzione di intermediario¹⁷, un ruolo preminente tra le proposte menzionate è assunto dal *Digital Service Act* (DSA), il quale mira a rinnovare il quadro normativo eurounitario in materia di servizi digitali – fino ad oggi rimasto fermo alla c.d. Direttiva E-Commerce 2000/31/CE – andando a regolare, da un lato, il regime di responsabilità delle piattaforme che offrono servizi e, dall'altro, i rapporti tra gli utenti e le piattaforme stesse, in un'ottica di maggiore trasparenza, informazione, verificabilità, e sicurezza. Tra le tutele introdotte dal *Digital Service Act* (DSA), vale la pena menzionare, quanto meno: gli obblighi in materia di trasparenza nella distribuzione e gestione dei contenuti e della pubblicità agli utenti¹⁸; le norme sulla tracciabilità degli utenti commerciali (finalizzate a consentire l'individuazione dei venditori di beni o servizi illegali)¹⁹; i meccanismi di cooperazione con i destinatari dei servizi²⁰ e con e tra le autorità pubbliche²¹; il regime di responsabilità delle piattaforme, anche in caso di mancata rimozione di contenuti illeciti²²; nonché, infine, la possibilità per gli utenti commerciali delle piattaforme di accedere ai dati, anche non personali, relativi alle prestazioni delle attività di marketing o pubblicitarie svolte sulla piattaforma²³.

Come è evidente, in tali atti normativi è possibile rinvenire molteplici punti di contatto con altre norme europee già portatrici dei medesimi principi di eguaglianza, trasparenza e circolazione dei dati, specialmente con riferimento a quelle poste a tutela del consumatore e quelle poste a tutela dei dati personali.

¹⁶ G. MORGESE, *Moderazione e rimozione dei contenuti illegali online nel diritto dell'Ue*, in *Federalismi.it*, 1, 2022, pp. 80 ss.

¹⁷ Per approfondimenti in merito al ruolo di intermediazione e ai modelli di business sviluppati dalle piattaforme digitali si veda F. BRAVO, *Intermediazione di dati personali e servizi di data sharing dal GDP al Data Governance Act*, in *Contr. e impr. Eur.*, 1, 2021, pp. 199 ss.

¹⁸ Artt. 15, 24, 26, 27, 32, 39, 40, 42 del DSA.

¹⁹ Artt. 30 e 32 del DSA.

²⁰ Artt. 12, 16, 20, 32 e 50 del DSA.

²¹ Artt. 9, 10, 11, 13, 18, 40, 49, 57, 58 e 67 del DSA

²² Artt. 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 9 del DSA.

²³ Artt. 26 e 39 del DSA.

Peraltro, sul punto occorre notare che anche la giurisprudenza non è rimasta inerte, in quanto è in corso un confronto dialettico tra Facebook ed Autorità Antitrust che si è tradotto in una serie di arresti giurisdizionali, in particolare in Italia²⁴ e in Germania²⁵, avente ad oggetto proprio un'eventuale integrazione dei profili legati alla concorrenza e alla tutela dei consumatori e quelli connessi alla *data protection*. Senza entrare in argomento, basti sul punto accennare che il Tribunale superiore di Düsseldorf ha rimesso la questione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea il 24 marzo 2021 e, dunque, a breve anche i giudici di Lussemburgo avranno modo di esprimersi sull'argomento²⁶.

2. Profili di connessione tra DSA e GDPR

Sulla connessione tra il DSA e il GDPR è intervenuto il Garante europeo per la protezione dei dati (*European Data Protection Supervisor* – EDPS). Quest'ultimo ha, innanzitutto, affermato una complementarietà²⁷ tra le informazioni che le piattaforme *online* dovranno fornire in base al DSA e le informazioni che il titolare del trattamento deve fornire agli interessati in virtù degli artt. 13 e 14 del GDPR.

²⁴ Si veda il commento alla sentenza del Cons. di Stato, n. 2361 del 29 marzo 2021, di G. SCORZA, *Facebook non è gratis?*, in *Diritto di Internet*, 3, 2021, pp. 547 ss., relativa alla *querelle* derivante dal provvedimento n. 27432 del 2018 con il quale l'AGCM sanzionò l'allora Facebook per aver posto in essere pratiche commerciali scorrette, principalmente per aver indotto gli utenti a credere nella gratuità del servizio a fronte, invece, del ritorno economico derivante dal trattamento dei dati personali degli iscritti.

²⁵ Si rimanda ad A. DAVOLA, *"I vestiti nuovi dell'imperatore"*. *Il contenzioso tra il bundeskartellamt tedesco e facebook in tema di abuso di posizione dominante alla luce del progressivo snaturarsi del diritto antitrust*, in *Diritto di Internet*, 1, 2021, pp. 61 ss.; F. LAVIOLA, *Il diritto all'autodeterminazione informativa tra concorrenza e data protection. Riflessioni a margine della saga Facebook c. Bundekartellamt nella giurisprudenza delle corti tedesche e in attesa della Corte di Giustizia*, cit.

²⁶ Si vedano le recenti Conclusioni dell'Avvocato Generale della CGUE Athanasios Rantos nella causa C-252/21, presentate il 20 settembre 2022 e consultabili su *CURIA - Documenti (europa.eu)*, il quale ha affermato che «gli articoli da 51 a 66 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), devono essere interpretati nel senso che: un'autorità garante della concorrenza, nell'ambito dei suoi poteri in forza delle regole di concorrenza, può esaminare, in via incidentale, la conformità delle prassi esaminate con le norme di tale regolamento, tenendo conto al contempo di ogni decisione o indagine dell'autorità di controllo competente ai sensi del suddetto regolamento e informandone l'autorità nazionale di controllo, eventualmente consultandola».

²⁷ Si veda l'*Opinion 1/2021 on the Proposal for a Digital Service Act*, del 10 febbraio 2021, ([21-02-10-opinion on digital services act en.pdf \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/OP/?uri=CELEX:62021OI001)).

Secondo l'EDPS, si deve chiarire che – conformemente ai requisiti di *privacy by design* e *by default* – i sistemi di raccomandazione previsti dal DSA affinché le piattaforme *online* forniscano informazioni specifiche al destinatario del servizio non dovrebbero, per impostazione predefinita, basarsi sulla “profilazione” ai sensi del GDPR. Tuttavia, l'EDPS ricorda anche come il diritto alla protezione dei dati non possa considerarsi un diritto assoluto e come le interferenze, ai fini della trasparenza e della lotta dell'illegalità *online*, possano giustificarsi a condizione che tali misure rimangano limitate a quanto necessario e proporzionato, pur cercando di fornire proposte finalizzate ad integrare, ove possibile, il testo del DSA con il GDPR.

Anche il Garante per la Protezione dei dati italiano si è espresso sulla proposta di DSA, evidenziando come questo si renda necessario per combattere il dogma del regime di responsabilità attenuata previsto attualmente dalla Direttiva E-Commerce 2000/31/CE per le piattaforme. A tal riguardo, nel suo intervento del 19 novembre 2020 al Convegno “*Verso il Digital Service Act. Dialoghi sul futuro dei servizi digitali*” il Presidente dell'Autorità Garante, Pasquale Stanzione, ha affermato che «il Digital Service Act proposto dalla Commissione potrebbe completare e “positivizzare” il percorso compiuto in via pretoria, nel segno di una maggiore responsabilizzazione del gestore [della piattaforma], volto a impedire che la rete, con la forza della condivisione virale e l'ubiquitariet  dei suoi servizi, divenga la cassa di risonanza di violazioni», spesso messe in atto anche da chi su quelle piattaforme esercita le proprie attivit , talvolta anche commerciali.

Al fine di garantire nel concreto una pi  efficace applicazione di quanto previsto dal DSA in materia di accesso e circolazione dei dati, sar  certamente utile rivalorizzare uno “strumento” gi  conosciuto nel diritto europeo, ovvero il *diritto alla portabilit  dei dati personali*. La portabilit  dei dati, infatti, positivizzata proprio all'interno della disciplina concernente la protezione dei dati personali, provoca intersezioni e sovrapposizioni con settori del diritto differenti, come la protezione dei consumatori e la concorrenza, tanto che gi  diverse giurisdizioni di altri

continenti hanno introdotto il diritto alla portabilità come strumento di regolamentazione della concorrenza.

L'articolo 20 ("Diritto alla portabilità dei dati") del GDPR ha introdotto per la prima volta una norma "orizzontale" in relazione al trasferimento dei dati personali, inteso quale possibilità per gli interessati di ricevere e veicolare i propri dati derivanti da un servizio verso un altro servizio.

Il principale obiettivo del nuovo diritto consiste nel *rafforzamento del controllo sui propri dati personali* quando siano detenuti da altri (in questo caso dalle piattaforme digitali), e ciò in base al principio – largamente accettato nella dottrina europea – che sia ormai stato segnato il passaggio del concetto di *privacy* da "riservatezza" ed "esclusione dalla sfera privata" a "controllo" e "protezione" dei dati personali, conformemente a quel diritto all'autodeterminazione informativa sancito quasi quarant'anni or sono dal Tribunale costituzionale federale tedesco²⁸ e fatto proprio dalla cultura giuridica europea.

Nelle intenzioni della Commissione europea, il diritto alla portabilità dei dati risponde all'obiettivo generale di «instaurare un clima di fiducia negli ambienti *on line*, in particolare fornendo agli utenti strumenti per esercitare un effettivo controllo sui propri dati personali e posseduti dai fornitori di servizi in rete,

L'articolo 20 del GDPR ha in concreto introdotto un nuovo diritto *sui generis*, che per molti aspetti si differenzia dal diritto di accesso, pur essendo a quest'ultimo strettamente connesso. Il *diritto alla portabilità dei dati*, infatti, permette agli interessati di ricevere i dati personali forniti al titolare, in un formato strutturato, di uso comune e leggibile meccanicamente, e di trasmetterli a un diverso titolare, con l'obiettivo ultimo di accrescere il controllo degli interessati sui propri dati personali.

Il diritto alla portabilità, dunque, richiede il riconoscimento del diritto di accesso ma, allo stesso tempo, se ne differenzia rappresentandone una evoluzione.

²⁸ Sentenza della Corte Costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*) del 15 dicembre 1983: sul punto di veda G. SARTOR, *Tutela della personalità e normativa per la "protezione dei dati". La sentenza della corte costituzionale tedesca sul censimento del 1983 nel dibattito dottrinale sui profili costituzionalistici del «Datenschutz»*, in *Inf. e Dir.*, 3, 1986, pp. 95 ss.

3. Il diritto alla portabilità: applicazione e limiti

Quanto al suo perimetro di applicazione, ai sensi dell'art. 20, paragrafo 1, lettera a) del GDPR, il diritto alla portabilità dei dati presuppone che il trattamento si basi:

- sul *consenso dell'interessato*, nei termini di cui all'art. 6, paragrafo 1, lettera a), ovvero di cui all'art. 9, paragrafo 2, lettera a) in caso di categorie particolari di dati personali;

oppure

- su un *contratto di cui è parte l'interessato*, nei termini di cui all'art. 6, paragrafo 1, lettera b), risultando quindi applicabile in fattispecie limitate rispetto all'accesso.

Ai sensi dell'art. 20, paragrafo 1, infine, sono soggetti alla portabilità i dati personali che riguardano l'interessato e che sono stati forniti dall'interessato, dunque non raccolti.

Così come delineato, il diritto alla portabilità introduce *un'importante agevolazione del passaggio da un servizio all'altro*. Il diritto rafforza invero la facoltà di scegliere tra servizi concorrenti, riduce i costi di *switching* e rende possibile il *multi-housing*, ovvero l'impiego simultaneo dei propri dati su servizi diversi.

Evidente è, dunque, come questo importante diritto, nato nel solco della tutela dei dati personali, imponga obblighi specifici ai soggetti che operano sui mercati digitali, e come tale abbia una portata che va al di là dei diritti individuali, estendendosi anche a diritti collettivi. È un diritto che agisce sulla struttura del mercato e ne condiziona le dinamiche concorrenziali. Da un lato, dal punto di vista del consumatore, la riduzione dei costi di *switching* sfavorisce la concentrazione e la fossilizzazione di grandi quote di mercato a poche piattaforme; dall'altro, dal punto di vista dell'impresa, riduce le barriere all'entrata per le nuove piattaforme. Si evince facilmente, quindi, come il *principio di portabilità* condivida molteplici effetti con la normativa prevista nel DSA, volta a regolamentare e responsabilizzare gli intermediari digitali, in *un'ottica di maggiore trasparenza e legalità*. La portabilità, dunque, consentirà agli utenti di muoversi verso le piattaforme più aderenti ai principi di cui alla nuova legislazione europea, spingendo le piattaforme sul

terreno della concorrenza nell'ambito dei diritti e delle libertà degli utenti, per rimanere concorrenziali sul mercato digitale.

Così come configurato, inoltre, il diritto alla portabilità sembra tracciare una linea netta tra ciò che afferisce al titolare del trattamento (i.e., la piattaforma digitale) e ciò che, invece, concerne l'interessato, escludendo chiaramente un regime di proprietà dei dati personali dell'interessato in capo al titolare. Inoltre, il diritto alla portabilità si atteggia quale norma di regolazione indiretta dei mercati *ex ante*, similmente alla maggior parte della normativa consumeristica, ponendosi quindi quale norma di prevenzione dei fenomeni di *lock-in* e di abuso di posizione dominante²⁹.

Tuttavia, il diritto alla portabilità dei dati personali, quale diritto "prestato" a nuovi ambiti normativi, come quello del DSA, incontra nel concreto alcuni *limiti*. La portabilità, infatti, è esercitabile a condizione che non finisca per «ledere i diritti e le libertà altrui».

Come chiarito nel Considerando 68 del GDPR, la limitazione mira a garantire innanzitutto i diritti degli altri individui i cui dati siano eventualmente condivisi nel set di dati dell'interessato che esercita il diritto alla portabilità, o perché gli stessi dati riguardano più persone, o perché i dati di più persone sono presenti nel data set del titolare. Ma, come sottolineato dal WP29³⁰, la limitazione deve intendersi applicabile anche a eventuali diritti di proprietà intellettuale di terzi, siano essi di altri soggetti attivi sulla piattaforma o della stessa piattaforma.

Tali indirizzi saranno utili, altresì, a valutare e interpretare le varie disposizioni normative finalizzate a garantire l'accesso degli utenti, consumatori o commerciali, ai dati generati dalle piattaforme ai sensi degli atti normativi sopra menzionati.

4. Conclusioni: un mosaico di fonti per garantire la portabilità

²⁹ E. BATTELLI e G. D'IPPOLITO, *Il diritto alla portabilità dei dati*, in E. TOSI (a cura di), *Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra il GDPR e il nuovo Codice Privacy*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2019, pp. 185 ss.

³⁰ *Linee guida sul diritto alla "portabilità dei dati"*, adottate dal Gruppo di Lavoro art. 29 il 13 dicembre 2016.

Molte delle nuove norme sono finalizzate a *garantire l'interoperabilità dei dati*, siano essi personali o meno e, dunque, in estrema sintesi *la loro portabilità*, quale strumento di ausilio per una maggiore efficacia del DSA in ottica di *regolamentazione degli intermediari*, ma anche di *collaborazione tra gli stessi*.

È, del resto, evidente che, affinché tali norme trovino concreta applicazione, vi sia un forte bisogno di collaborazione da parte delle grandi piattaforme digitali, le quali dovranno abbandonare le logiche protezionistiche finalizzate a garantire l'assoluta proprietà dei sistemi e del *know-how* sottostante³¹, per alcuni messi "a rischio" dagli adempimenti previsti dal *Digital Service Act*.

Non è trascurabile, in questo senso, l'intento già profuso da alcune delle principali piattaforme. Ad esempio, si veda il *Data Transfer Project* ("Progetto sulla trasferibilità dei dati"), ideato da Google, Facebook, Microsoft e Twitter, che costituisce un progetto adottato al fine di migliorare la portabilità dei dati degli utenti iscritti alle relative piattaforme. Si tratta di un'iniziativa congiunta e *open source* diretta a creare degli strumenti che consentano di gestire e trattare, in maniera aperta e interconnessa, i dati raccolti grazie alle attività degli utenti³².

È, allora, evidente che la sfida che ci aspetta nel prossimo futuro non passa più esclusivamente attraverso la condivisione dei dati personali, ma anche – e soprattutto – attraverso la *condivisione dei dati non personali*. In questo senso, infatti, riconosciuta la scarsa efficacia del Regolamento UE 2018/1807 in materia di libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea – il quale rinviava con fievoli risultati a strumenti di *self-regulation* e codici di condotta – è cominciato il percorso legislativo per una futura approvazione del *Data Act*, che introdurrà *chiari obblighi di condivisione dei dati* (anche e soprattutto *non personali*) e relativi, ad esempio, all'utilizzo di dispositivi connessi (ovvero i dispositivi del c.d. *Internet of Things*), nell'ottica che da tale condivisione possano nascere un ambiente competitivo e nuove ricchezze.

³¹ M. FORTI, *Le piattaforme online alla prova del Regolamento (Ue) 2016/679. Quali tutele per la condivisione dei dati nell'economia collaborativa?*, in *MediaLaws*, 2, 2019, pp. 174 ss.

³² M. GIORGIANNI, *Il nuovo diritto alla portabilità dei dati personali. Profili di diritto comparato*, in *Contr. e impr.*, 4, 2019, p. 1400.

Tra le principali novità che saranno introdotte con il *Data Act* vi è, certamente, la possibilità per gli utenti di richiedere al detentore dei dati (ad esempio, il produttore della propria automobile, del proprio frigorifero, del proprio condizionatore) di condividere i dati non personali generati dall'utilizzo del dispositivo con terze parti³³, quali una assicurazione, un fornitore di energia elettrica o una organizzazione *no profit*. Si tratta, dunque, di un "nuovo" diritto alla portabilità.

D'altronde, il diritto alla portabilità, sorto nell'ambito della normativa in materia di dati personali – e, precipuamente, nel solco di quel principio di "*habeas data*"³⁴ strettamente connesso alla dimensione della tutela della persona – sembra oggi essere chiamato a vivere in una mutata forma, vocato alla tutela della concorrenza, della condivisione e della valorizzazione delle ricchezze informative esistenti.

³³ Artt. 3, 4 e 5 della proposta di Regolamento.

³⁴ V. FROSINI, *La protezione della riservatezza nella società informatica*, in N. MATTEUCCI (a cura di), *Privacy e banche dei dati*, Il Mulino, Bologna, 1981, pp. 37 ss; ID, *Informatica diritto e società*, II ed., Giuffrè, Milano, 1992, pp. 173 ss. (ampiamente, sul contributo dell'A. in materia, si veda F. ROMEO, *Dalla Giuritecnica di Vittorio Frosini alla Privacy by Design*, in *Inf. e dir.* 2, 2016, pp. 9 ss.).

Obblighi di sicurezza sul lavoro e fattispecie peculiari di responsabilità datoriale. Il ruolo della formazione nel sistema prevenzionale

di
Angela Marcianò*

Sommario: 1. L'obbligo di sicurezza sui luoghi di lavoro. Profili evolutivi. – 2. Le recenti modifiche al T.U. n. 81/2008: i riflessi del c.d decreto Trasparenza e del DL n.48/2023. -3. La tutela della salute nelle ipotesi di esternalizzazione. -4. Covid-19 e responsabilità degli operatori sanitari. -5. Il diritto-dovere alla formazione come garanzia di sicurezza ed argine alle responsabilità.

1.L'obbligo di sicurezza sui luoghi di lavoro. Profili evolutivi.

Il tema della responsabilità da inadempimento degli obblighi di sicurezza nel rapporto di lavoro suscita, specie con l'evolversi del progresso tecnologico, un sempre crescente interesse, inducendo lo studioso della materia a rinvenire nuove ipotesi interpretative¹ attraverso la ricostruzione sistematica dei numerosi interventi legislativi e giurisprudenziali².

* Professore Associato di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Messina.

¹A.PERULLI-V.SPEZIALE, *Per una nuova <<giustificazione del diritto del lavoro>>* in A.PERULLI-V.SPEZIALE (a cura di), *Dieci tesi sul diritto del lavoro* , il Mulino, 2022,37; G.PIGLIALARMI, *Obbligazione di sicurezza e nuove tecnologie: una lettura giuslavoristica del Decreto Smart Roads*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2/2022, I, 74-95; A. CASU, "Io era tra color che son sospesi...". *Incertezze applicative e prospettive future del nuovo provvedimento di sospensione ex art. 14 del d.lgs. n. 81/2008 dopo il d.l. n. 146/2021*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 1/2023, I, 1-18; A. AMBROSINO, *Internet of Things al servizio della salute e della sicurezza dei lavoratori*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2/2022, I, 19.

² E.GRAGNOLI, *L'obbligo di sicurezza e la responsabilità del datore di lavoro*, in F. CARINCI (a cura di), *Il lavoro subordinato*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, Torino, 2007, II, 443 ss; M.PERSIANI-M.LEPORE, *Il nuovo diritto della sicurezza sul lavoro*, Utet,2012; F.MALZANI, *Ambiente di lavoro e tutela della persona, Diritti e rimedi*, Giuffrè,Milano, 2014;G.NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza del lavoro*, Utet,Torino,2015; A.TAMPIERI, *Le recenti modifiche al Testo Unico*

Il diritto del lavoro, da sempre attento alla salvaguardia dei valori etico-personali sanciti dalla Carta costituzionale, ha anticipato l'evoluzione del diritto dei privati verso la tutela dei valori della persona. Il principale punto di coesione tra i due sistemi è rappresentato proprio dalla tutela fisica e psichica del prestatore di lavoro ed in generale di tutti i valori della persona emergenti³. L'istituto della responsabilità in questa materia riguarda aspetti ed istituti nuovi, strettamente collegati alla mutevole realtà lavoristica in continua evoluzione e condizionata da nuove logiche emergenti⁴, sia protezionistiche che derivanti dal mercato del lavoro. Il rapporto di lavoro, caratterizzandosi per l'indeterminatezza dei suoi specifici contenuti legati alle mansioni ed alle prestazioni rese dal lavoratore, impone un complesso di strumenti rimediali adeguati. L'apertura ai valori della persona avviene attraverso un ripensamento, ad opera della dottrina prima e della giurisprudenza poi, delle categorie della responsabilità in materia di danno⁵. Questo indirizzo muove dall'affermazione della rilevanza del precetto contenuto nell'art. 32, comma 1, Cost. nei rapporti interprivati e sfocia nel riconoscimento ad opera della Corte costituzionale⁶ della risarcibilità del danno biologico e del danno alla salute⁷ in base alle regole del diritto comune⁸. Il rilievo costituzionale della

sulla sicurezza del lavoro: il D.lgs n.151/2015 in tema di semplificazione e razionalizzazione di procedure e adempimenti, in *Tutela e sicurezza sul lavoro*, 2015, 2, 49; M. LAI, *Il diritto alla sicurezza sul lavoro tra conferme e sviluppi*, Giappichelli, Torino, 2017; S. BUOSO, *Sicurezza sul lavoro, ambiente e prevenzione: disciplina positive e dilemma regolativi* in *Lavoro e diritto*, 2022, fasc. 2, 271 ss.

³ P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*, in *Lav. dir.*, 2003, 675 ss; R. DEL PUNTA, *Tutela e sicurezza del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2001, 434 ss.; M. FRANCO, *Diritto alla salute e responsabilità civile del datore di lavoro*, Milano, 1995, 172 ss.; L. MONTUSCHI, *L'incerto cammino della sicurezza del lavoro fra esigenze di tutela, onerosità e disordine normativo*, in *Riv. giur. lav.*, 2001, I, 501 ss.; S. BERTOCCO, *La tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *Diritto del lavoro. Commentario*, diretto da F. Carinci, II, Torino, 2007, 973.

⁴ S. CAFFIO, *La tutela della salute e della sicurezza nel lavoro tramite piattaforme digitali* in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2021, fasc. 4, 339 ss; E. DAGNINO, *Le tecnologie per la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori tra garanzie e vincoli* in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2021, fasc. 6, 591 ss.

⁵ P. CENDON, *Persona e danno*, Milano, 2004; V. SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 29 ss.

⁶ Corte Costituzionale, 14 luglio 1986, n. 184 [in https://www.cortecostituzionale.it](https://www.cortecostituzionale.it).

⁷ G. ALPA, voce *Salute (diritto alla)*, in *Noviss. Dig. it.*, App., VI, Torino, 1986, 913 ss.

⁸ G. SCALFI, *Reminiscenze dogmatiche per il c.d. danno alla salute, un ripensamento della Corte costituzionale*, in *Resp. civ. prev.*, 1986, 540; R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010, 405.

tutela dell'integrità fisica e della personalità morale del lavoratore si delinea attraverso gli artt. 32 e 41 Cost⁹: la salute e la sicurezza sono beni cardine rispetto ai quali ogni altro valore o interesse in contrasto deve cedere il passo¹⁰.

Infatti, se è vero che la sicurezza sul lavoro costituisce un limite alla libertà di impresa privata, è vero pure che tale limite va individuato e declinato tenendo conto del tipo e dell'assetto dell'organizzazione, come emerge dallo stesso d.lgs. n. 81/2008, quando, ad esempio, definisce la figura del datore di lavoro. La materia propone temi di indagine sovrapponibili in quanto nella stessa nozione di danno alla persona del lavoratore si colgono due istanze fondamentali: il danno recato alla persona, per la cui valutazione occorre avere come riferimento tutti i valori e interessi della vita umana; il danno arrecato al lavoratore, che nella prestazione dovuta si impegna personalmente per conseguire i mezzi di vita per sé e per la famiglia, e per affermare la sua personalità, e quindi la sua professionalità¹¹.

Dalla elementare tutela della persona che lavora ha preso, non a caso, le mosse tutta la storia legislativa del diritto del lavoro il contratto di locazione di opera, infatti, è il primo contratto che, oltre a sottostare a divieti di ordine pubblico concernenti l'impiego della forza lavoro, ha visto codificato *ex art. 3*, legge n. 80/1898 (assicurazione obbligatoria contro gli infortuni), un dovere di protezione dell'integrità fisica del contraente a rischio. Con tale legge è iniziata la lenta, ma costante, diversificazione del diritto del lavoro dal diritto civile e dal sistema della responsabilità civile¹². Lo stesso principio del rischio professionale, connaturato alla

⁹ L.CASSETTI, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*, in *Federalismi.it.*, 2022.

¹⁰ L.MONTUSCHI, *Commento all'art. 32*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1976; C. SMURAGLIA, *La tutela della salute del lavoratore tra principi costituzionali, norme vigenti e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, 414 ss.

¹¹ E.BALLETTI, *La cooperazione del datore all'adempimento dell'obbligazione di lavoro*, Padova, 1990, 53 ss.; M.CINELLI, *Il danno non patrimoniale alla persona del lavoratore: un excursus su responsabilità e tutele*, in AA.VV., *Il danno alla persona del lavoratore*, Milano, 2007, 138; O.MAZZOTTA, *Danno alla persona e rapporto di lavoro: qualche domanda politicamente non corretta, alla giurisprudenza*, in *Lav. dir.*, 2004, 439 ss.

¹² L.GAETA, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile. Alle origini del diritto del lavoro*, Napoli, 1986; S. GIUBBONI, *Introduzione allo studio dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali: origine storica, quadro costituzionale, contesto comunitario*, in A.DE MATTEIS-S. GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, 2005, 33 ss.; M. GRANDI, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*,

teoria della responsabilità civile, si è radicato nel sistema dell'assicurazione obbligatoria, come espressione di una istanza di socializzazione propria del rischio del lavoratore¹³. Il modello assicurativo, pur garantendo al lavoratore un ristoro dei pregiudizi patrimoniali conseguenti ad infortuni sul lavoro o ad una malattia professionale, non ha mai sostituito del tutto quello della responsabilità civile. Quest'ultimo è destinato a rivivere tanto a beneficio del lavoratore per i danni differenziali eventualmente rivendicabili, quanto a beneficio dell'Inail, a titolo di regresso nelle ipotesi di responsabilità penale dell'imprenditore o di un semplice dipendente di questi.

In tale quadro, assume rilevante importanza la nozione di danno differenziale¹⁴, in quanto identifica il danno risarcibile al lavoratore¹⁵, ottenuto dalla differenza tra quanto versato dall'Inail a titolo di indennizzo per infortunio o per malattia professionale e quanto è possibile richiedere al datore di lavoro a titolo di risarcimento del danno in sede civilistica.

Le prestazioni erogate dall'assicuratore sociale sono dovute in ragione del verificarsi dell'infortunio¹⁶, mentre il risarcimento del danno presuppone non solo il verificarsi dell'evento dannoso, ma anche la sua configurabilità come illecito, in quanto prodotto a seguito di un comportamento colposo del datore di lavoro o di un terzo. Il danno differenziale spetta anche a colui il quale, pur percependo una rendita Inail, dimostri di avere subito un danno ulteriore rispetto a quello

in *Arg. dir. lav.*, 1991, 309 ss.; P.TULLINI, *Salute nel diritto della sicurezza sociale*, in *Digesto comm.*, XIII, Torino, 1996, 70 ss.; P.ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*, in *Commentario al codice civile*, diretto da Schlesinger, Milano, 2008, 43 ss; E.PAVOLINI, *Le conseguenze delle trasformazioni nella struttura occupazionale e nei processi produttivi in Italia sui profili infortunistici*, in *Riv.Inf.*,2018,131; L.LA PECCERELLA, *Tipologie del rapporto di lavoro e tutela contro gli infortuni e le malattie professionali: variabili dipendenti o indipendenti?*, in *Riv.inf.*,2019,37.; G.CORSALINI, *La centralità del lavoratore nel Sistema di tutela INAIL. Disciplina degli infortuni e delle malattie professionali*, Milano,2021.

¹³ M.BARGAGNA-F.D. BUSNELLI (a cura di), *La valutazione del danno alla salute. Profili giuridici, medico-legali ed assicurativi*, Padova, 2001.

¹⁴ Da ultimo R. PESSI, *Il danno differenziale tra diritto vivente e diritto vigente*, in *Labor*, 2019,355.

¹⁵ V.FILI', *La nuova frontiera del danno risarcibile da condotta illecita del datore di lavoro*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2019, 3, 796.

¹⁶ V.FILI', *Il punto sulla giurisprudenza in materia di occasione di lavoro e infortunio in itinere*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2019, 1, 70.

riconosciuto dall'ente previdenziale¹⁷. Di tal che, rilievo assume l'istituto dell'azione di regresso¹⁸, che consente all'Inail di ottenere dal datore di lavoro, responsabile dell'evento infortunistico, il rimborso delle prestazioni erogate all'infortunato: si tratta di un'azione diretta e autonoma, che l'istituto previdenziale esercita *iure proprio*.

È necessario a questo punto ricostruire il significato della locuzione "sicurezza nei luoghi di lavoro" e come attraverso la tutela del bene salute si arriva, nel corso degli anni, al concetto di tutela della sicurezza nei luoghi di lavoro¹⁹. L'idea che il diritto alla salute rappresenti un connotato della persona fisica e sia un bene inalienabile e irrinunciabile ha assunto particolare rilevanza in relazione al rapporto di lavoro, in quanto la prestazione dell'attività lavorativa costituisce un momento di espressione della personalità ed al contempo un'occasione di esposizione a rischi. Il legislatore nazionale, dagli anni '50 e per alcuni decenni, salvo qualche sporadico intervento normativo sulla sicurezza degli impianti, si è disinteressato del problema della salute confidando nella portata generale dell'art. 2087 c.c., come norma di chiusura dell'intero sistema²⁰. Solo dagli anni '60-'70, dietro la spinta esercitata dal crescente interesse nutrito dalla Comunità europea per la materia²¹, si è assistito ad un'inversione di tendenza con il proliferare di leggi e di decreti legislativi, per lo più di recepimento di direttive comunitarie.

¹⁷S.GIUBBONI, *Il risarcimento del danno differenziale da infortunio sul lavoro dopo la legge di bilancio 2019*, in *Riv.sic.soc.*, 2019,183; G.CORSALINI-A.DE MATTEIS, *Il concorso tra risarcimento e indennizzo dinanzi alle giurisdizioni superiori e riflessi sull'azione di rivalsa dall'INAIL*, in *Riv.sic.soc.*,2019,151; E.BELLISARIO,*Il calcolo del danno differenziale: profili critici di un "bliz" legislative discutibile*, in *Nuova Giur.comm.*, 2019,283; L.DE ANGELIS, *Il danno differenziale tra diritto commune, diritti speciali e schizofrenia legislative*, in WP C.SDLE, "Massimo D' Antona".IT, N.392,2019; R.RIVERSO, *Il risarcimento del danno per infortunio e malattia professionali tra riforme tentate e l'incerto incedere della giurisprudenza*, in *Riv.Dir.sic.soc.*, 2020,27.

¹⁸ M. A. GRAZIA, *Danno differenziale e azione di regresso dell'I.N.A.I.L.: le regole comuni per l'accertamento delle responsabilità*. Nota a sentenza Corte suprema di Cassazione civile sezione lavoro 19 giugno 2020, n. 12041 (Società per Azioni Michelin Italiana (S.A.M.I.) vs E.C., R.M.F. ed INAIL)in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2021, fasc. 5, 509 ss.

¹⁹ G.G. BALANDI, *Il contenuto dell'obbligo di sicurezza*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1990, 14, 79 ss.

²⁰ E. GRAGNOLI, *L'obbligazione di sicurezza e la responsabilità del datore di lavoro*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, XXIV, Torino, 2007, 2, 459 ss.

²¹A. PIGNATARO, *Responsabilità del datore di lavoro per infortuni sul lavoro e malattie professionali*, in *La previdenza. it*,2010.

In realtà, fino all'inizio degli anni '80, il nostro Paese è stato inadempiente rispetto agli obblighi previsti dalle norme comunitarie, e ciò sia per la convinzione che la protezione offerta dall'ordinamento fosse più incisiva, sia per la difficoltà di inserimento della normativa europea nella disciplina nazionale.

Con lo Statuto dei lavoratori (art. 9, legge n. 300/1970) si realizza un ulteriore ampliamento rispetto alle tutele costituzionali in materia di sicurezza²². Il legislatore estende ai lavoratori, per il tramite delle rappresentanze sindacali, il potere-dovere di controllare l'applicazione delle norme per la prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali, e quindi di promuovere la ricerca, l'elaborazione e l'attuazione di tutte le misure idonee a tutelare la loro salute e la integrità fisica.

La produzione normativa successiva si arricchisce anche sulla base della non più eccedibile spinta proveniente dagli organismi comunitari²³.

Nel corso degli anni '90 il legislatore comincia ad attenzionare specifiche problematiche relative alla salute e sicurezza del lavoro. In primo luogo, il d.lgs. n. 277/1991 disciplina la protezione dell'esposizione professionale a piombo, amianto e rumore, ed in seguito il d.lgs. n. 626/1994, che recepisce la normativa sociale comunitaria europea, compresa la nozione di ambiente di lavoro, supera il sistema di sicurezza tecnologica fondata sulla sicurezza intrinseca delle macchine e degli impianti propria della normativa degli anni '50 e predilige un meccanismo di prevenzione, che agisca direttamente sull'organizzazione del lavoro.

Vengono fissate in modo tassativo le procedure di informazione sui rischi, quelle di formazione dei lavoratori sull'utilizzo delle misure di protezione e i criteri di scelta

22G. PROIA, *Consultazione e partecipazione dei lavoratori*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, Torino, 1997, 194 ss.; ID., *La partecipazione dei lavoratori tra realtà e prospettive. Analisi della normativa interna*, in *Dir. rel. ind.*, 2010, 60; M. RICCI, *Sicurezza sul lavoro: con trollo e partecipazione sindacale tra iure condito e iure condendo*, in *Lav. giur.*, 2008, 113 ss.; P. CAMPANELLA, *Profili collettivi di tutela della salute e rappresentanza dei lavoratori per la sicurezza: disciplina legislativa, bilancio applicativo, prospettive di riforma*, in *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, suppl. al n. 2, in *Riv. giur. lav.*, 2007, 153 ss. e 164. M.LAI, *Il ruolo delle parti sociali*, in AA.VV. (a cura di M. TIRABOSCHI), *Il Testo unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2008, 525 ss.

²³A. FREANDA, *Il fenomeno degli infortuni sul lavoro in Italia nel contesto internazionale e comparato*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 17 ss.

dei soggetti obbligati a cooperare col datore di lavoro. Con specifico riferimento ai rischi da rumore, il legislatore interviene con il d.lgs. n. 195/2006 e con il d.lgs. 25 luglio 2006, n. 257, da attuazione alla direttiva 2003/18/CE, relativa alla protezione dei lavoratori dai rischi derivanti dall'esposizione all'amianto durante il lavoro²⁴. In questo quadro di eterogeneità delle fonti interviene il d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (c.d.T.U. in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro), che, dando attuazione alla delega conferita dalla legge n. 123/2007, opera il riordino ed il coordinamento delle norme vigenti in materia di salute e sicurezza con significative innovazioni rispetto al quadro normativo previgente²⁵. Il decreto procede attraverso una abrogazione esplicita di una serie di provvedimenti normativi e dispone l'abrogazione implicita "di ogni altra disposizione legislativa e regolamentare nella materia disciplinata dal decreto legislativo medesimo incompatibile con lo stesso". Esso è stato ampiamente modificato dal d.lgs. 3 agosto 2009, n.106, nonché, parzialmente, da una serie di successivi provvedimenti legislativi, tra cui il *Jobs Act*-D.lgs. 151/ 2015 e la legge n.215/2021.

2.Le recenti modifiche al T.U. n. 81/2008: i riflessi del c.d decreto Trasparenza e del DL n. 48/2023.

L'ultima modifica, che ha interessato il T.U n. 81/2008, è intervenuta ad opera della legge 17 dicembre 2021, n. 215, di conversione del dl 21 ottobre 2021, n.146²⁶ . Tra le novità introdotte si è previsto l'ampliamento delle competenze dell'INL che, di

²⁴ Da ultimo Cass.civ., sez. III , 29/04/2022 , n. 13512, in *Giustizia Civile Massimario 2022* ha ritenuto che : "in tema di risarcimento del danno, il nesso causale tra l'esposizione ad amianto e il decesso intervenuto per tumore polmonare può ritenersi provato quando, sulla scorta delle risultanze scientifiche e delle evidenze già note al momento dei fatti e secondo il criterio del più probabile che non, possa desumersi che la non occasionale esposizione all'agente patogeno - in relazione alle modalità di esecuzione delle incombenze lavorative, alle mansioni svolte e all'assenza di strumenti di protezione individuale - abbia prodotto un effetto patogenico sull'insorgenza o sulla latenza della malattia.

²⁵ NATULLO G.- SANTUCCI R., (a cura di) *Ambiente e sicurezza sul lavoro.Quali tutele in vista del Testo Unico ?*, Milano,2008; A.ANDREANI-C.FRASCHERI, *Gli obblighi di formazione nel sistema della prevenzione: una sintesi operativa*, in "Igiene & sicurezza del lavoro", n. 11, novembre 2016.

²⁶ M.LAI, *Le novità in materia di salute e sicurezza del lavoro nella legge n. 215/2021*, in *Lav. Dir. Europa*, 2022, 1 ss; C.ALESSI, *La formazione in materia di sicurezza dopo il d.l. 21 ottobre 2021, n. 146*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2/2022, I, 62.

concerto con le ASL, avrà il compito di svolgere le attività ispettive in materia di SSPL a livello provinciale.

Sul piano sanzionatorio, si è introdotto il provvedimento sospensivo dell'attività imprenditoriale sia nel caso in cui dovesse essere rilevato un numero di personale non regolare maggiore del 10% rispetto al totale dei lavoratori, che nel caso di comprovate gravi violazioni della normativa.

Tra le innovazioni più significative²⁷ va annoverata quella relativa all'articolo 19 del D. Lgs. n. 81/2008, riguardante gli "Obblighi del Preposto" penalmente sanzionati a titolo contravvenzionale. Ai sensi di detto articolo, *"in riferimento alle attività indicate all'articolo 3, i preposti, secondo le loro attribuzioni e competenze, devono: a) sovrintendere e vigilare sulla osservanza da parte dei singoli lavoratori dei loro obblighi di legge, nonché delle disposizioni aziendali in materia di salute e sicurezza sul lavoro e di uso dei mezzi di protezione collettivi e dei dispositivi di protezione individuale messi a loro disposizione"*. Inoltre a partire dal 21 dicembre 2021, *"in caso di rilevazione di non conformità comportamentali in ordine alle disposizioni e istruzioni impartite dal datore di lavoro e dirigenti ai fini della protezione collettiva e individuale, intervenire per modificare il comportamento non conforme fornendo le necessarie indicazioni di sicurezza. In caso di mancata attuazione delle disposizioni impartite o di persistenza della inosservanza, interrompere l'attività del lavoratore e informare i superiori diretti"*.

Appare significativa anche la nuova lettera "f-bis) che prevede, *in caso di rilevazione di deficienze dei mezzi e delle attrezzature di lavoro e di ogni condizione di pericolo rilevata durante la vigilanza, se necessario, di interrompere temporaneamente l'attività e, comunque, segnalare tempestivamente al datore di lavoro e al dirigente le non conformità rilevate"*.

I nuovi obblighi sono sanzionati penalmente a titolo contravvenzionale e costituiscono pure gravi violazioni disciplinari del contratto di lavoro.

A ben vedere, l'obbligo del preposto di vigilare sul rispetto delle disposizioni di legge e aziendali, di contrastare i comportamenti scorretti e pericolosi dei lavoratori

²⁷ V.PASQUARELLA, *Il "nuovo" ruolo del preposto alla sicurezza nella "mini-riforma" del d.lgs.n.81/2008*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*,n.8/9-2022,p.782; BENOZZO, *Le novità sul preposto tra individuazione e formazione*, in *Ig. Sic. Lav.*, 2022, 192 ss.

e ogni situazione di pericolo, con l'obbligo di sospendere il lavoro, sempre in caso di pericolo grave e immediato, configura una posizione di garanzia, diversa dal passato, più ampia e incisiva²⁸.

In molti casi il preposto potrebbe configurarsi come l'unico responsabile di infortuni sul lavoro²⁹, qualora le macchine e le disposizioni organizzative siano ineccepibili e la causa dell'infortunio sia da ricondursi unicamente nella mancata sospensione del lavoro³⁰.

Il datore di lavoro e il dirigente sono obbligati a pretendere lo svolgimento dei compiti da parte del preposto regolarmente individuato, ai sensi del D. Lgs. n. 81/2008 art. 18, recante gli obblighi di vigilanza del datore di lavoro e del dirigente: *"3-bis. Il datore di lavoro e i dirigenti sono tenuti altresì a vigilare in ordine all'adempimento degli obblighi di cui agli articoli 19 (preposto), 20 (lavoratore), ...ferma restando l'esclusiva responsabilità dei soggetti obbligati ai sensi dei medesimi articoli qualora la mancata attuazione dei predetti obblighi sia addebitabile unicamente agli stessi e non sia riscontrabile un difetto di vigilanza del datore di lavoro e dei dirigenti"*. In caso di omessa vigilanza saranno corresponsabili delle omissioni del preposto.

La Legge n. 215/2021 ha altresì introdotto, nell'articolo 37 in materia di "formazione", il nuovo comma 7-ter, ai sensi del quale *"per assicurare l'adeguatezza e la specificità della formazione nonché l'aggiornamento periodico dei preposti ai sensi del comma 7, le relative attività formative devono essere svolte interamente con modalità in presenza e devono essere ripetute, con cadenza almeno biennale e comunque ogni qualvolta ciò sia reso necessario in ragione dell'evoluzione dei rischi o all'insorgenza di nuovi rischi"*.

La formazione del preposto, così come definito dall'articolo 2, comma 1, lettera e), del D.lgs. n.81/08, deve comprendere quella per i lavoratori e deve essere integrata

²⁸ La Cassazione, con la sentenza n. 5415 del 20.01.2022, affermato che, in materia di sicurezza, le funzioni di preposto non determinano un trasferimento di funzione con esonero della responsabilità a favore del datore di lavoro, ma comportano l'assunzione di una autonoma posizione di garanzia che concorre con quella propria del datore.

²⁹ P. PASCUCCI, *La sicurezza sul lavoro alla prova dell'effettività: l'obbligo di individuazione dei preposti* in *Lavoro Diritti Europa* n.3/2022.

³⁰ D.MICHELETTI, *La responsabilità penale del preposto nella sicurezza sul lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2020, 84.

da una formazione particolare, in relazione ai compiti da lui esercitati in materia di salute e sicurezza sul lavoro.

A tal proposito è opportuno considerare i possibili riflessi sulla materia in seguito all'entrata in vigore del c.d decreto Trasparenza, (d.lgs 27 giugno 2022, n. 104), con il quale si è data attuazione alla Direttiva comunitaria n. 2019/1152, relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione Europea.

In particolare, rispetto all'obbligo di "formazione obbligatoria", l'art. 11 del suddetto provvedimento stabilisce che, laddove il datore sia obbligato in forza di legge, contratto collettivo od individuale ad erogare formazione obbligatoria, questa va garantita, gratuitamente, al personale ed è considerata orario di lavoro e, ove possibile, deve svolgersi durante lo stesso. Tale obbligo non riguarda la formazione necessaria al dipendente per mantenere o rinnovare una qualifica professionale, a meno che ciò non sia dettato da norme legali o contrattuali.

Da ultimo, il Decreto legge 4 maggio 2023, n.48 "Misure urgenti per l'inclusione sociale e l'accesso al mondo del lavoro" ha apportato ulteriori modifiche al D.Lgs.n.81/2008, mostrando un' evidente e rinnovata attenzione alla formazione per la sicurezza.

Tra le novità troviamo: la previsione di un obbligo per i datori di lavoro di nominare il medico competente se richiesto dalla valutazione dei rischi³¹, l'estensione ai lavori autonomi di alcune misure di tutela previste nei cantieri e

³¹ Il Decreto legge n. 48/2023, innanzitutto, modifica l'art.18 comma 1 lettera a), prevedendo che i datori di lavoro debbano nominare il medico se richiesto dalla valutazione dei rischi e non solo nei casi previsti dal D.lgs.81, all'art.41. Si modifica altresì l'articolo 21, comma 1, lettera a) con riferimento ai componenti dell'impresa familiare di cui all'art.230 del Codice civile, i lavoratori autonomi che compiono opera o servizi ai sensi dell'art.2222 del Codice civile, i coltivatori diretti del fondo, i soci delle società semplici operanti nel settore agricolo, gli artigiani e i piccoli commercianti che sono chiamati a " utilizzare attrezzature di lavoro in conformità alle disposizioni di cui al Titolo III nonché idonee opere provvisorie in conformità alle disposizioni di cui al titolo IV (Cantieri temporanei o mobili). All'art.25,comma 1, che dettaglia tutti gli obblighi del medico competente si aggiungono la lettera *e-bis* e la lettera *n-bis* . Viene dunque introdotto un nuovo "doppio" obbligo per quest'ultimo: ottenere la cartella sanitaria che viene rilasciata al lavoratore dal medico competente del precedente datore di lavoro (ai sensi dell'art.25 comma 1 lettera e), e tenerne conto ai fini del giudizio di idoneità (regolato all'art.41 comma 2, lettera a). Inoltre, con la lettera *n-bis* si richiede al medico di indicare un sostituto in caso di impedimento grave e per motivate ragioni.

l'obbligo di formazione specifica in capo al datore di lavoro per attività professionali e conseguenti sanzioni in caso di inosservanza.

Nello specifico, in materia di formazione dei lavoratori e dei loro rappresentanti, il DL n.48/2023 inserisce la lettera *b-bis* all'art.37 comma 2³², prevedendo espressamente che l'Accordo in sede di Conferenza Permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome, oltre ad individuare i contenuti minimi della formazione (contenuti, verifica finale e verifiche di efficacia della formazione) dovrà monitorare l'applicazione degli accordi in materia, nonchè controllare le attività formative e il rispetto della normativa di riferimento, sia da parte degli enti formatori che dei discenti.

Viene altresì sostituito il comma 12 dell'art.71 del TU in materia di sicurezza, che definisce gli obblighi del datore di lavoro rispetto all'apprestamento delle attrezzature di lavoro, eliminando la possibilità per ASL e ISPESL (ora INAIL) di avvalersi dei soggetti pubblici e privati per l'effettuazione delle verifiche periodiche. Precisi obblighi incomberanno non più solo a carico del datore di lavoro, ma anche del semplice soggetto che prenda a noleggio attrezzature di lavoro. Quest'ultimo dovrà sempre attestare l'avvenuta formazione e l'addestramento specifico dei soggetti che andranno ad utilizzare le suddette attrezzature³³.

Il nuovo comma 4 *bis*, introdotto all'art.73 del TU del 2008, impone anche al datore di lavoro (e non più solo per chi possiede la qualifica di RSPP), che utilizzi attrezzature richiedenti conoscenze e responsabilità particolari, il medesimo obbligo di formazione e addestramento.

La normativa è infine rafforzata da un rigido apparato sanzionatorio per le ipotesi di mancato rispetto delle misure stringenti previste dalla più recente normativa³⁴.

³² L'articolo 37 comma 2 era stato modificato con il Decreto Fiscale del Governo Draghi, che annunciava l'emanazione di un nuovo Accordo per la Formazione entro il 30 giugno 2022 (impegno non ancora rispettato).

³³ Il DL 48/2023 sostituisce il secondo periodo del comma 2 dell'art.72.

³⁴ Il *Decreto Lavoro* aggiunge un'ulteriore previsione all'art.87, comma 2, lettera c), in materia di sanzioni per i datori e altri soggetti in materia di attrezzature. In particolare si prevede che il datore di lavoro e il dirigente siano puniti con la pena dell'arresto da tre a sei mesi o con

3. La tutela della salute nelle ipotesi di esternalizzazione

Obblighi di sicurezza stringenti per il datore di lavoro si manifestano nelle ipotesi di esternalizzazione ed in particolare nell'appalto che rappresenta il principale strumento di regolazione delle esternalizzazioni³⁵, in quanto l'appaltatore garantisce la disponibilità di una struttura composta da mezzi materiali e da persone, che provvede a coordinare e organizzare, per garantire al meglio lo svolgimento e la realizzazione dell'attività o del servizio appaltato³⁶. Allo stesso tempo, l'appalto diviene il più rischioso tra i "teatri lavorativi"³⁷, specie nelle ipotesi di danni alla salute e alla sicurezza alle persone coinvolte³⁸.

La disciplina di riferimento è contenuta nell'art. 26 del d.lgs. n. 81/2008, modificata dalla legge 215/2021³⁹. Si tratta di una normativa che pone notevoli obblighi al committente. Di rilievo, in particolare, l'obbligo imposto al datore di lavoro/committente di accertare l'idoneità "tecnico professionale" dell'impresa appaltatrice e/o del lavoratore autonomo, quello di fornire agli stessi dettagliate informazioni sui rischi specifici esistenti nell'ambiente in cui questi sono destinati a operare e sulle misure di prevenzione e di emergenza adottate in relazione alla

l'ammenda da 3.071,27 a 7.862,44 euro per la violazione dell'articolo 71, commi 1, 2, 4, 7 e 8 dell'articolo 73, comma 4 bis.

³⁵ L. FERLUGA, *La tutela dei lavoratori e il regime della responsabilità solidale nel contratto di appalto alla luce delle recenti (e forse ultime) modifiche*, VTDL, 2018, n. 2, 407; D. ZAVALLONI, *Appalti, responsabilità solidale e decadenza nelle pronunce di merito*, nota a App. Bologna 11 febbraio 2019, GLav., 2019, n. 12, 51; M.SFERLAZZA-V.VENDITTI, *Responsabilità solidale negli appalti: la nuova disciplina*, DPL, 2014, 318; P.TULLINI, *Sicurezza e regolarità del lavoro negli appalti*, in P.PASCUCCI (a cura di), op.cit., 95 ss.

³⁶ L.CORAZZA, *La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 93/2009; A.VALLEBONA, *Responsabilità civile dell'imprenditore. Appalti. Responsabilità dei progettisti, fabbricanti, fornitori, installatori*, in L.MONTUSCHI, *Ambiente, salute e sicurezza*, Torino, 1997, 205 ss.; V.PASQUARELLA, *Appalto e sicurezza sul lavoro: tutele legislative e rimedi giurisdizionali*, in Riv. giur. lav., 2007, suppl. n. 2, 87 ss;

³⁷ PROIA G., *Appalti e lavoro: problemi attuali*, Giappichelli, 2022; M. MIRACOLINI, *Sull'illegittimità dell'interposizione di manodopera: sviluppi giurisprudenziali e normativi*, nota a Cass. 27 gennaio 2021, n. 1754, LG, 2021, 1059.

³⁸ P.ALLEVA, *La nuova disciplina degli appalti di lavoro*, in GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*. Commento critico al d.lgs. n. 276/2003, Roma, 2004, 165.

³⁹ All'articolo 26 dopo il comma 8 è stato aggiunto il seguente: "8-bis. Nell'ambito dello svolgimento di attività in regime di appalto o subappalto, i datori di lavoro appaltatori o subappaltatori devono indicare espressamente al datore di lavoro committente il personale che svolge la funzione di preposto".

propria attività, nonché l'ulteriore obbligo di promuovere la "cooperazione" e il "coordinamento" ai fini dell'attuazione delle misure precauzionali.

Le suddette previsioni sono accompagnate dall'elaborazione di un unico documento di valutazione dei rischi da allegare al contratto di appalto o di opera, che indichi le misure adottate per eliminare o ridurre al minimo i rischi da interferenze⁴⁰. La violazione degli obblighi comportamentali può fondare una corresponsabilità del datore di lavoro committente per infortuni che abbiano riguardato i lavoratori dipendenti dell'appaltatore o eventuali lavoratori autonomi operanti all'interno dell'azienda⁴¹, purché, ovviamente, non si verta in ipotesi di "rischi specifici" propri dell'attività dell'appaltatore o dei singoli lavoratori autonomi⁴².

Fra i requisiti necessari per la qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi, il d.lgs. n. 106/2009 ritiene debbano essere considerati non solo la specifica esperienza, competenza e conoscenza, ma anche il rispetto degli standard contrattuali e organizzativi nell'impiego della manodopera e il ricorso alla

⁴⁰ In caso di esternalizzazioni di funzioni produttive ovvero qualora un'impresa affidi lavori, servizi, forniture all'interno della propria azienda o nell'ambito del proprio ciclo produttivo-tramite contratto di appalto o contratto d'opera- ad altra impresa appaltatrice ovvero a lavoratori autonomi, la prima, cioè l'impresa committente, debba promuovere la cooperazione e il coordinamento in materia di sicurezza elaborando (al di là del proprio DVR) un ulteriore, specifico ed unico documento di valutazione dei rischi (DUVRI) che indichi le misure adottate per eliminare, o quando ciò non sia possibile, per ridurre al minimo i rischi da interferenze tra le diverse lavorazioni.

⁴¹ L.IMBERTI, *La disciplina delle responsabilità solidali negli appalti e nei subappalti: lo stato dell'arte in continuo movimento*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 72/2008.

⁴² Tribunale, Marsala, sez. lav., 22/06/2021, n. 479, in *Redazione Giuffrè 2021*. "In tema di infortuni sul lavoro, il committente dei lavori è obbligato ad adottare tutte le misure necessarie per tutelare l'integrità e la sicurezza dei lavoratori, anche se dipendenti dell'impresa appaltatrice. In particolare incombe sul committente il dovere di vigilanza sull'operato del coordinatore per la sicurezza, è civilmente responsabile per le violazioni commesse da quest'ultimo ed è, pertanto, tenuto al risarcimento del danno". Diversa connotazione assume invece la responsabilità in tema di sicurezza sul lavoro nella fattispecie interpositoria vietata. In tale ipotesi è la ricerca dell'effettivo utilizzatore della prestazione – e dunque dell'effettivo datore di lavoro – a fare da spartiacque, dovendo escludersi anche una responsabilità solidale dell'interposto: questo è l'intendimento della giurisprudenza di legittimità con il già ricordato intervento a Sezioni Unite, che tuttavia non esclude "la possibilità, nel caso che il prestatore subisca un deterioramento della propria posizione, di agire nei riguardi dell'interponente con una autonoma azione, che in presenza di una condotta produttiva di danni per il lavoratore, trova fondamento in una ipotesi di responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c. V. Cass., sez. un., 26 ottobre 2006, n. 22910, in *Arg. dir. lav.*, 2007, 1011 con nota di M.T. CARINCI.

certificazione dei contratti di appalto (art. 27, comma 1, nuovo testo). Esiste inoltre un nuovo meccanismo introdotto dal correttivo sulla sicurezza al fine del “monitoraggio” continuo del sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi, che funziona attraverso l’attribuzione di un punteggio iniziale – soggetto a decurtazione a seguito di accertate violazioni in tema di sicurezza sul lavoro – con la conseguente impossibilità per le imprese o i lavoratori autonomi di svolgere attività nel settore edile in caso di azzeramento del punteggio (art. 27, commi 1 *bis* e 2).

Quanto agli ulteriori obblighi del committente, va considerato che il Testo unico ha proceduto ad integrare quelli previsti dal d.lgs. n. 626/1994 con quelli introdotti dai più recenti provvedimenti, fra i quali in particolare la legge delega n. 123/2007.

Nei contratti di somministrazione, di appalto e di subappalto le parti hanno l’obbligo di indicare, a pena di nullità, ai sensi dell’art. 1418 c.c., i costi relativi alla sicurezza sul lavoro, opportunamente definiti come i costi delle misure adottate per eliminare o ridurre al minimo i rischi derivanti dalle interferenze delle lavorazioni.

Nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell’anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo in relazione all’entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture⁴³.

⁴³ Su detto costo non si pratica il ribasso d’asta. Il costo del lavoro viene determinato periodicamente, in apposite tabelle, dal Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione. (art. 26, comma 6, d.lgs. n. 81/2008).

Occorre evidenziare che le disposizioni del Codice dei contratti pubblici⁴⁴ prevarranno su quelle del d.lgs. 81/2008, diversamente, laddove il Codice lo preveda, troveranno applicazione le norme generali del TUSIC.

La giurisprudenza, tra l'altro, si è più volte pronunciata sugli obblighi di sicurezza incombenti sul datore di lavoro, che invia un dipendente a prestare la propria opera in un ambiente lavorativo nel dominio di altro imprenditore e caratterizzato da rischi specifici connessi all'azione ed interazione di più lavoratori. In particolare, si è precisato che a prescindere dai rapporti contrattuali intercorrenti, in caso di più imprese compresenti nel medesimo ambiente lavorativo, gli obblighi di sicurezza incombenti sui datori di lavoro nei confronti dei dipendenti implicano un generale dovere di informazione circa i rischi connessi alla propria prestazione lavorativa individualmente intesa. Devono essere considerati tutti i rischi presenti nell'ambiente lavorativo, in cui viene resa la prestazione (anche se diverso da quello abituale) e quelli che possano scaturire dalla interazione della medesima con quella di altri lavoratori. Da ultimo la Corte di Cassazione, sezione penale ha affermato che, in caso di subappalto, le ditte interessate sono tenute a valutare, in maniera congiunta, i rischi da interferenza derivanti dal contatto rischioso tra il personale impiegato nelle diverse imprese. In particolare, secondo i Giudici di legittimità, i subappaltatori devono coordinare gli interventi di protezione e prevenzione dai rischi cui sono esposti i loro dipendenti, scambiandosi informazioni anche con gli altri datori operanti nel medesimo luogo, al fine di eliminare i rischi dovuti alle interferenze tra le attività delle diverse imprese coinvolte nell'opera complessiva⁴⁵.

⁴⁴ Il Consiglio dei Ministri, venerdì 16 dicembre 2022, ha approvato, in esame preliminare, un decreto legislativo di riforma del Codice dei contratti pubblici, in attuazione dell'articolo 1 della Legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici. Il nuovo Codice degli Appalti troverà operatività per tutti i nuovi procedimenti a decorrere dal 1° aprile 2023; mentre dal 1° luglio 2023 è prevista l'abrogazione del Codice precedente (d.lgs.n.50/2016) come anche l'applicazione delle nuove norme a tutti i procedimenti già in corso.

⁴⁵ Cass.Pen., 19.10.2022, n. 38357 in <https://www.cortedicassazione.it>.

4. Covid-19 e responsabilità degli operatori sanitari

L'emergenza sanitaria del Covid 19 ha riproposto alla sfera politica la necessità di affrontare una crisi di elevate gravità e diffusione sostenendo le persone che lavorano attraverso adeguati diritti economici e sociali, nuove forme di sostegno al reddito, rilancio dell'autonomia collettiva in funzione regolativa non solo di importanti aspetti del rapporto di lavoro ma, più in generale, di rilevanti esigenze sociali: dalla salute alla sicurezza dei lavoratori e dei cittadini, alla gestione, concordata con le organizzazioni sindacali, dei livelli occupazionali, sino alla sospensione temporanea dei licenziamenti per motivi economici⁴⁶.

In questo contesto la tutela dell'integrità psico-fisica del lavoratore è divenuta un tema di necessaria attualità, condizionato dal continuo confronto con il progresso e l'evoluzione delle tecniche di protezione, nonché con forme sempre nuove di potenziali lesioni alla persona-lavoratore⁴⁷.

La pericolosa diffusione della pandemia ha reso necessario, anche a livello legislativo, intervenire con una normativa c.d. emergenziale ampia e complessa, all'interno della quale non mancano lacune applicative e conseguenti discussioni interpretative. La più nota alla cronaca risulta quella inerente al presunto obbligo vaccinale a carico dei lavoratori ed all'estensione del dovere di protezione *ex art.* 2087 c.c. gravante sul datore di lavoro⁴⁸.

⁴⁶ A.PERULLI-V.SPEZIALE, (a cura di), *Dieci tesi sul diritto del lavoro* , op.cit.il Mulino, 2022,41.

⁴⁷ L.ANGELINI, *La tutela della salute e sicurezza dei lavoratori ai tempi della pandemia da Covid-19 (e oltre)*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2/2022, I, 96; D. WALTERS, *The role of the state in achieving compliance with occupational safety and health requirements: Some lessons from the British regulatory response in the time of Covid-19*, in *Diritto della sicurezza sul Lavoro*, 1/2021, I, 118; P. PASCUCCI- e A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?*, in *Diritto e Sicurezza sul Lavoro*, 1/2021, I, 81; A. GUARDAVILLA, *COVID-19: il ruolo dell'RLS nella pandemia e la condotta antisindacale*, in *Puntosicuro*, 14.01.2021; L. MENGHINI, *Le rappresentanze dei lavoratori per la sicurezza dall'art. 9 dello Statuto alla prevenzione del Covid-19: riaffiora una nuova "soggettività operaia"?*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 1/2021, I, 55.

⁴⁸ SANTUCCI R., *Vaccinazione contro il Covid-19 ed effetti sulle posizioni soggettive nel contratto di lavoro*, in *dirittifondamentali.it*, fasc.2/2021; R.PESSI, *Le categorie contrattuali ai tempi del Covid-19* , in *Labor*, 2020, fasc. 4,417 ss; V. CECCARELLI, *La tutela della salute del lavoratore ai tempi della pandemia* in *Danno e responsabilità* 5/2021,559; P. ICHINO - O. MAZZOTTA, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore?* Dibattito, in *Quotidiano Giuridico*, 8 gennaio 2021; M. DEL CONTE - F. D'AVANZO, *Vaccino anti COVID-19: quali soluzioni per il datore di lavoro?*, in *Quotidiano Giuridico*, 17 febbraio 2021; F. D'AVANZO, *Il datore di lavoro può collocare in ferie il lavoratore che rifiuta il vaccino anti Covid19?*, in *Quotidiano Giuridico*,

Alla luce di ciò, è indispensabile comprendere in quale modo l'obbligo generale di sicurezza previsto dal codice civile in capo al datore di lavoro debba essere concretamente declinato nel contesto dell'odierna sfida contro il Covid-19⁴⁹. Occorre focalizzare l'attenzione sulle misure adottabili dal datore di lavoro in base alla particolarità del lavoro (operatori sanitari e categorie a rischio elevato, pubblici dipendenti, dipendenti privati, *riders* e lavoratori autonomi, lavoratori irregolari), all'esperienza e alla tecnica, affrontando le spinose questioni in materia di aggiornamento del Documento di Valutazione dei Rischi⁵⁰, applicazione dei protocolli anti-contagio, nonché di controlli tecnologici e sanitari e implicazioni sul trattamento dei dati personali. Nessuno dubita che, a prescindere dalla soluzione che si voglia dare alla questione dell'adeguamento del DVR, il datore di lavoro sia tenuto a garantire la puntuale attuazione – ai sensi dell'art. 2087 c.c. – di tutte le misure e le cautele tipizzate dai diversi provvedimenti emanati per contrastare la diffusione del contagio da Covid-19, adattandole – come vuole il Protocollo sottoscritto da Governo e parti sociali – allo specifico contesto produttivo e

26 marzo 2021; ID, *Rifiuto del vaccino: le soluzioni del Tribunale di Messina*, in *Quotidiano Giuridico*, 2 aprile 2021, nota a Trib. Messina 12 dicembre 2020; M. MARINELLI, *Il vaccino anti Covid19 e l'obbligazione di sicurezza del datore di lavoro*, in *Lav. giur.*, 2021; S. ROZZA, *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit. La posizione del lavoratore che rifiuta il vaccino e i profili di responsabilità del datore di lavoro*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 1/2021, I, 166.

⁴⁹ S.GIUBBONI, *S. Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori* in WP CSDLE, It., n. 417/2020; R.GUARINIELLO, *La sicurezza sul lavoro al tempo del coronavirus*, Wolters Kluwer, 2020; L.PECCERELLA, *Infezione da coronavirus e tutela contro gli infortuni e le malattie professionali*, in DSL, 2020, 1; G.NATULLO, *Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?*, in WP CSDLE, It., n. 413/2020; P.PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in DSL, 2019, 2, 98.

⁵⁰ La valutazione dei rischi e la stesura del relativo documento rappresentano funzioni organizzative non delegabili (art.17, comma 1, lett.a), che il datore deve esercitare in collaborazione con il responsabile del servizio di prevenzione e protezione (RSPP)-designato dallo stesso datore sempre con atto indelegabile-e con il medico competente, previa consultazione del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza (art.29, commi 1 e 2). Il *Jobs Act* ha poi previsto che con decreto ministeriale siano individuati strumenti di supporto per la valutazione dei rischi, tra cui gli strumenti informatizzati secondo il prototipo europeo OIRA-*Online Interactive Risk Assessment* (art.29, comma 6 quater, T.U., introdotto dal lgs.n.151/2015). E' stato altresì disposto che l'INAIL, anche in collaborazione con le ASL, renda disponibili al datore di lavoro strumenti tecnici e specialistici per la riduzione dei livelli di rischio (art.28, comma 3-ter, introdotto dal d.lgs.n.151/2015).

organizzativo aziendale⁵¹. È indiscutibile che, in assenza della effettiva adozione di quelle misure, il lavoratore – titolare di un diritto soggettivo perfetto ad un ambiente di lavoro sicuro alla stregua dell'art. 2087 c.c. – abbia facoltà di opporre al datore di lavoro, in forza dei comuni principi, il rifiuto di svolgere una prestazione insicura. Il datore di lavoro deve a tal fine elaborare un proprio protocollo aziendale, secondo quelle modalità concertate che sono state definite a livello nazionale. Le misure di prevenzione e di sicurezza stabilite nella sede generale trovano la concreta attuazione che è richiesta nel contesto organizzativo e nell'ambiente lavorativo di riferimento⁵².

Il 6 aprile 2021, a tal proposito, sono stati sottoscritti due protocolli condivisi tra Governo e parti sociali. Il [primo](#), “per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus SARS-CoV-2/COVID-19 negli ambienti di lavoro”, ha aggiornato le precedenti misure di prevenzione che ogni datore di lavoro, pubblico o privato, deve adottare per evitare che i lavoratori possano contrarre il Covid-19 durante l'espletamento della prestazione di lavoro; il [secondo](#), per la “realizzazione dei piani aziendali finalizzati all'attivazione di punti straordinari di vaccinazione anti SARS-CoV-2/Covid-19 nei luoghi di lavoro”, ha introdotto invece la possibilità per le imprese di contribuire ad aumentare le occasioni per sottoporre i lavoratori alla vaccinazione contro il Covid-19.

In attesa di ulteriori disposizioni normative, il datore di lavoro, per ridurre il rischio del contagio e di una sua responsabilità ai sensi dell'art. 2087, è tenuto ad attenersi alle misure previste nel primo protocollo dell'aprile 2020 e nei successivi aggiornamenti del 6 aprile 2021. In detti protocolli vengono condivise regole

⁵¹ M.MARAZZA, *L'art. 2087 c.c. nella pandemia Covid-19 (e oltre)*, in *Riv.it.dir.lav.* n.2 del 2020, p.267.

⁵² P.ALBI, *Sicurezza sul lavoro e responsabilità del datore di lavoro nella fase della pandemia* in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2020, fasc. 12, 1117; S.CAFFIO, *Infortuni sul lavoro (anche da Covid-19) e concorso colposo del lavoratore: la chimera dell'applicabilità dell'art. 1227 c.c.* Nota a sentenza Corte suprema di Cassazione civile sezione lavoro 25 novembre 2019, n. 30679, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2020, fasc. 12, 1166; M.T.CARINCI, *Obbligo di sicurezza e responsabilità datoriale: il rischio di contagio da Covid-19* in *Labor*, 2020, fasc. 4, 385; P. SANDULLI-A. PANDOLFO-M. FAIOLI, “*Coronavirus*” e responsabilità datoriale da infortunio sul lavoro in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2020, fasc. 3, 631; A. MARESCA, *La vaccinazione volontaria anti Covid nel rapporto di lavoro* in *federalismi.it*, 2021, fasc. 8, pp. IV-XVI; M. MARINELLI, *Il vaccino anti “Covid-19” e l'obbligazione di sicurezza del datore di lavoro* in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2021, fasc. 4, 329 ss.

relative all'organizzazione interna degli ambienti di lavoro, all'utilizzo di dispositivi per la sicurezza, nonché procedure da adottare per le diverse fasi di lavoro. In nessuno dei due documenti viene fatto alcun cenno, quale strumento di prevenzione, alla vaccinazione dei dipendenti, nonostante nell'aprile 2021, quando è stato pubblicato il secondo protocollo, la campagna di vaccinazione fosse già pienamente operante nel territorio italiano. Tale rilievo ha dato luogo ad ampi dibattiti sulla necessità di un obbligo vaccinale dei lavoratori. Se da un lato sussiste un obbligo datoriale di tutelare la salute del lavoratore e di mettere in atto sul luogo di lavoro tutte le misure che la scienza e la tecnica più aggiornate propongono, tra cui potrebbero ritenersi compresi proprio i vaccini; dall'altro il datore di lavoro non ha la concreta possibilità né di richiederne l'esecuzione ai propri dipendenti, né, per ragioni diverse ma concrete, di fornirli direttamente agli stessi.

Il datore di lavoro potrebbe risultare responsabile del contagio, quale infortunio, del proprio dipendente e ciò, come visto, in funzione dell'art. 2087 c.c., che è norma di adeguamento permanente dell'ordinamento alla realtà socio-economica sottostante, senza poter pretendere, in mancanza di una disposizione *ad hoc*, la vaccinazione dei lavoratori.

In questo quadro il legislatore è intervenuto con il D.L. n. 44/2021⁵³, convertito in legge il 28 maggio 2021 (L. n. 76/2021), che tra le varie disposizioni, ha previsto l'obbligo di vaccinazione per "gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali"⁵⁴. Secondo tale disposizione l'omessa

⁵³ L.TASCHINI, *Il vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro. Dalle prime pronunce di merito al d.l.n.44 del 2021*, in *Lavoro Diritti Europa*, n.2/2021; A.MATTEI, *Obbligo vaccinale e rapporto di lavoro*, in WP CSDLE "MassimoD'ANTONA".it, n. 442/2021; G.NATULLO, *Vaccini e rapporti di lavoro tra obblighi di sicurezza e diritto all'autodeterminazione*, in *DSL*, n.1/2021.

⁵⁴ In generale, in tema di obbligo vaccinale previsto per gli operatori sanitari si rinvia a: P. PASCUCCI- C. LAZZARI, *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1 aprile 2021, n. 44*, in *Dir. sic. lav.*, 2021, 1, p. 153; C. PISANI, *Vaccino anti-covid: oneri e obblighi del lavoratore alla luce del decreto per gli operatori sanitari*, in *Mass. giur. lav.*, 2021, 1, 151; V.A. POSO, *Dei vaccini e delle «pene» per gli operatori sanitari. Prime osservazioni sul D.L. 1° aprile 2021, n. 44* (G.U. n. 79 del 1°

vaccinazione comporta quale conseguenza, salvo ragioni di salute motivate, l'inidoneità a svolgere la mansione e dunque la sospensione "dal diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2". A fronte della sospensione da parte degli Ordini professionali di appartenenza dei soggetti interessati, il datore di lavoro deve adibire il lavoratore a mansioni compatibili con le esigenze di sicurezza, anche se inferiori a quelle svolte dal dipendente, o laddove detto reimpiego sia impossibile, il lavoratore dovrà essere lasciato a casa senza retribuzione⁵⁵.

Sebbene la giurisprudenza di merito si sia orientata nel medesimo senso della legislazione, il Tribunale di Roma nella decisione del 14 giugno 2022⁵⁶, ha preliminarmente evidenziato come svariate pronunzie di merito hanno sollevato eccezione di illegittimità costituzionale quanto all'obbligo vaccinale sancito dall'articolo 4, d.l. 44/2021, sospendendo i relativi giudizi e trasmettendo gli atti alla Corte Costituzionale⁵⁷.

In conseguenza di ciò, il Tribunale romano ha ribadito che sospendere un dipendente senza neppure riconoscere l'assegno alimentare si pone in evidente contrasto con l'art. 36 della Costituzione. Il Giudice di merito, nel caso deciso, ha in sostanza ritenuto che la sospensione dal lavoro per mancato adempimento dell'obbligo vaccinale sia illegittima.

Ha altresì sottolineato di non avere i poteri per ordinare alla parte datoriale la reintegrazione della sanitaria (ricorrente) nel posto di lavoro, essendo pendente la

aprile 2021), in *Labor*, 10 aprile 2021; F. SCARPELLI, *Arriva l'obbligo del vaccino (solo) per gli operatori sanitari: la disciplina e i suoi problemi interpretativi*, *Conversazioni sul lavoro* dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi. *Conversazioni sul lavoro a distanza* da agosto 2020 a marzo 2021, promosse e coordinate da V.A. Poso, 3 aprile 2021, 6.

⁵⁵ Nella seduta del 16 settembre 2021, è stato approvato il testo di un nuovo decreto legge nel quale si è posta quale condizione necessaria per accedere al luogo di lavoro, pubblico o privato, il c.d. *green pass*. Quest'ultimo, dunque, diventerebbe uno strumento obbligatorio per poter svolgere le proprie mansioni, nonché per continuare a percepire la retribuzione.

⁵⁶ Tribunale di Roma del 14 giugno 2022 in <https://lesentenze.it/>.

⁵⁷ Anche il Tribunale di Catania, con ordinanza del 14 marzo 2022 ha rimesso gli atti alla Corte Costituzionale, ritenendo con ampie e condivisibili argomentazioni, che la previsione di una sospensione senza alcuna retribuzione si ponga in evidente contrasto con gli artt. 2,3, 32 comma 2, oltre che 36 della Costituzione.

questione avanti alla Corte Costituzionale⁵⁸, ma ha ugualmente condannato l'azienda sanitaria a pagare il 50% della retribuzione per il periodo di sospensione. Il successivo d.l. 24 marzo 2022, n. 24 ha apportato alcune modifiche all'art. 4 del d.l.44/2021.

E' stato prorogato il termine ultimo entro il quale vige l'obbligo vaccinale nei confronti degli operatori sanitari, oggi rivisto dal c.d decreto *rave*⁵⁹ e si è delineata un'ipotesi di eccezione alla sospensione del rapporto di lavoro e relativa retribuzione dell'operatore sanitario non vaccinato. La disposizione chiarisce che un soggetto non vaccinato che abbia contratto il virus, una volta guarito, possa porre istanza all'Ordine professionale territorialmente competente, il quale dovrà disporre la cessazione della sospensione "sino alla scadenza del termine in cui la vaccinazione è differita in base alle indicazioni contenute nelle circolari del Ministero della salute"⁶⁰. Pur trattandosi di una novità rilevante, sembra generare qualche contraddizione con la disposizione di cui al primo comma, quando il legislatore considera il vaccino quale "requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative". Pertanto il sanitario non vaccinato, contagiato e poi guarito, non può più essere sospeso e potrà proseguire la sua attività lavorativa, benché in difetto di quel requisito di cui la stessa norma sembrerebbe metterne in discussione l'imprescindibilità. Su questi e

⁵⁸ Il 1 dicembre 2022 la Corte Costituzionale ha ritenuto inammissibile, per ragioni processuali, la questione relativa alla impossibilità, per gli esercenti le professioni sanitarie che non abbiano adempiuto all'obbligo vaccinale, di svolgere l'attività lavorativa, quando non implichi contatti interpersonali. Sono state ritenute invece non irragionevoli, né sproporzionate, le scelte del legislatore adottate in periodo pandemico sull'obbligo vaccinale del personale sanitario. Ugualmente non fondate, infine, sono state ritenute le questioni proposte con riferimento alla previsione che esclude, in caso di inadempimento dell'obbligo vaccinale e per il tempo della sospensione, la corresponsione di un assegno a carico del datore di lavoro per chi sia stato sospeso; e ciò, sia per il personale sanitario, sia per il personale scolastico.

⁵⁹ Il testo del suddetto decreto è stato approvato il 30 dicembre 2022 e prevede il reintegro anticipato dei medici no vax oltre a nuove misure che riguardano gli operatori della sanità. La scadenza dell'obbligo vaccinale per loro era fissata al 31 dicembre: il provvedimento l'ha anticipata al 1° novembre consentendo agli operatori che si erano rifiutati di vaccinarsi di rientrare al lavoro.

⁶⁰ Cfr. art. 8, comma 1, lett. b), punto 2, d.l. n. 24/2022.

su ulteriori quesiti si attende l'intervento della Corte di Giustizia⁶¹, interpellata ad esprimersi al fine di orientare i giudici nazionali che dovranno fronteggiare l'ampio contenzioso già presente in materia⁶².

Non pare trascurabile l'intervento tranciante del primo decreto legge approvato dal governo Meloni, che ha anticipato la reintroduzione in corsia dei sanitari "no vax" e ha di fatto eliminato la sospensione dall'esercizio della professione "al fine di contrastare la grave carenza di personale sanitario che si registra sul territorio". Il provvedimento riguarda segnatamente gli operatori della sanità per i quali era prevista la scadenza dell'obbligo vaccinale al 31 dicembre 2022. In sostanza per garantire la presenza di più medici e quindi il godimento più diffuso del diritto alla salute è parso opportuno "superare" la normativa precedente, pensata precipuamente a tutela del medesimo diritto.

Da ultimo, con tre recenti pronunce, la Corte Costituzionale ha confermato l'impostazione della giustezza dell'obbligo vaccinale, in particolare verso i sanitari. Si tratta delle sentenze nn. [14-15-16](#) del 9 febbraio 2023⁶³ della Consulta, nelle quali si rileva che l'obbligo vaccinale del personale sanitario non sia una misura irragionevole né sproporzionata, così come la sospensione dell'esercizio della professione sanitaria.

L'esperienza pandemica ha dunque evidenziato che l'unico fronte, sul quale è possibile intervenire preventivamente, conciliando il diritto alla salute degli operatori sanitari e dei pazienti con margini di "ragionevole" autonomia, presuppone un ripensamento dell'obbligo formativo.

Occorre, però, superare la tensione rilevabile nel rapporto tra formazione su salute e sicurezza e professionalità dell'operatore sanitario, che si riflette nella dicotomia

61 L'ordinanza di rinvio alla Corte di Giustizia è stata disposta il 7 dicembre 2021 dal giudice del lavoro di Padova, nell'ambito del giudizio promosso ex art. 700 c.p.c. da un'infermiera che, essendosi sottratta alla somministrazione del vaccino anti COVID-19 aveva subito la sospensione dall'Albo professionale e la sospensione del rapporto di lavoro intrattenuto con la struttura sanitaria presso la quale risultava occupata, ai sensi e per l'effetto dell'art. 4 d.l. n. 44/2021.

62 B.ROSSILLI, *L'obbligo vaccinale per gli operatori sanitari al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione europea: qualche breve valutazione sulla legittimità, sulla proporzionalità della misura e sui suoi effetti non discriminatori*, in <https://www.giustiziainsieme.it/> del 9 giugno 2022.

63 Corte Costituzionale, sent.9 febbraio 2023 n.14-15-16 in <https://dirittifondamentali.it/>.

emergente tra *ordinary safety* (la sicurezza per come vissuta ordinariamente da ogni lavoratore) ed *extra-ordinary safety* (la sicurezza come ambito di sapere specialistico, affidato a specifici professionisti, circoscritto a specifiche funzioni e attività). Il risultato di queste tensioni ha prodotto una eccessiva formalizzazione della formazione in materia, che si è tradotta in una serie di attività che l'hanno resa spesso "scollegata" dalle pratiche reali. Peraltro, nel periodo di emergenza epidemiologica da Covid, la professionalizzazione di un numero crescente di profili specialistici ha marginalizzato ulteriormente i processi diffusi di gestione ordinaria della sicurezza. Serve quindi, soprattutto nei settori medico-sanitari e nelle attività ad alto rischio, riportare il tema della formazione alla sicurezza nelle pratiche quotidiane, affinché la stessa risulti integrata in modo effettivo nei processi di professionalizzazione fin dall'inizio⁶⁴.

5.La formazione come garanzia di sicurezza ed argine alle responsabilità

L'esame e la ricostruzione del concetto di sicurezza sui luoghi di lavoro ha rappresentato una operazione preliminare necessaria per comprendere i contenuti della sua possibile declinazione in specifici scenari lavorativi e per individuare di conseguenza quali siano le azioni, il margine di intervento e le responsabilità riservate al datore di lavoro ed agli attori della sicurezza⁶⁵.

Il continuo e radicale mutamento degli assetti di produzione e organizzazione del lavoro ha reso in larga parte obsoleta una legislazione prevenzionistica pensata per la grande industria con forza lavoro prevalentemente stabile e sindacalmente rappresentata⁶⁶.

In un mercato del lavoro fortemente "differenziato", per rispondere ai bisogni di sicurezza di tutti i lavoratori, occorre individuare un unico comune denominatore,

⁶⁴S.GHERARDI, *A Practice-Based Approach to Safety as an Emergent Competence*, in C.BIEDER,C.GILBERT,B.JOURNE, H.LAROCHE (a cura di), *Beyond Safety Training.Embedding Safety in Professional Skills*,Springer,2018,p.156.

⁶⁵ Da ultimo con specifico riferimento al settore dei trasporti si veda F.CAMILLETTI, *Responsabilità civile del datore di lavoro - Focus sull'obbligo di sicurezza nel settore dei trasporti in Lavoro Diritti Europa*,n. 3 / 2022.

⁶⁶ M.TIRABOSCHI, *La tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro alla prova del <<Testo Unico>>*, in *DRI*,2008,n.2,383.

che sia idoneo ad agganciare in modo più dinamico e moderno il concetto di salute e benessere lavorativo alle emergenti forme e modalità di organizzazione del lavoro.

L'effettività del diritto del lavoro deve tradursi in azioni ad alto impatto, idonee ad incidere sui sistemi partecipativi e sui programmi di crescita professionale e personale dei lavoratori, in tema di salute e sicurezza, conciliazione tra vita e lavoro, sistemi di *welfare* aziendale, clima aziendale, trasparenza e spazi e tecnologie *human-centered*⁶⁷.

Solo una seria formazione, specie se finalizzata alla tutela della salute e della sicurezza⁶⁸, intesa non solo come obiettivo, può divenire strumento di realizzazione individuale e parte integrante del bagaglio professionale e formativo del lavoratore, come fosse un "ingrediente di professionalità"⁶⁹.

In questa stessa logica è necessario un pieno riconoscimento del diritto alla formazione all'interno del rapporto di lavoro, andando al di là del primo passo comunque fatto dall'art. 2103 c.c., come novellato nel 2015⁷⁰.

⁶⁷ A.PERULLI-V.SPEZIALE, op.cit.,40.

⁶⁸ La letteratura nazionale e ancor più quella di lingua francofona, esistente nell'ambito della salute e sicurezza sul lavoro, insiste particolarmente sulla formazione come strumento preventivo e istruttorio volto a ridurre gli infortuni, gli incidenti, i rischi e il numero di morti sul lavoro. Tant'è che si sono sviluppati ricchi filoni teorici che hanno da un lato studiato gli impatti e l'efficacia dei corsi impartiti e dall'altro hanno analizzato ed evidenziato i limiti esistenti proponendo delle raccomandazioni pratiche di *policy* volte a migliorare l'offerta formativa. B.GIULLARI, *La costruzione organizzativa della sicurezza: il ruolo della formazione*, in *Sociologia del Lavoro*, n.130,174; F.RICCI, *Efficacia della formazione alla salute e sicurezza sul lavoro: fattori di successo e criticità*, Parma,2016,170; C.V.VIDAL-GOMEL, *Training to safety rules use. Some reflections on a case study*, in *Safety Science*,2017,vol.93,138;C.GILBERT-B.JOURNE'-H.LAROCHE (a cura di), *Beyond Safety Training.Embedding Safety in Professional Skills*, Springer,2018,156; L.ANGELINI, *Le sfide della formazione sul lavoro* in *Diritto della sicurezza sul lavoro, Rivista dell'Osservatorio Olympus*,n.1/2022,7; P.TULLINI, *La formazione per la sicurezza sul lavoro*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 1, 2017, I, 75.

⁶⁹ P.TULLINI, *Le sfide per l'ordinamento italiano* in M.TIRABOSCHI (a cua di) *Il sistema prevenzionistico e le tutele assicurative alla prova della IV rivoluzione industriale*,Volume I, Adapt University Press, 2021,336.

⁷⁰ M.MARINELLI, *Obbligo formativo del datore di lavoro e assegnazione a nuove mansioni* in M. Ricci (a cura di), *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-unitario: atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Napoli 16-17 giugno 2016, Milano, Giuffrè, 2012, 366; L.FERLUGA, La dequalificazione unilaterale nella nuova disciplina delle mansioni*, in *VTDL*, 2016, 69.

La formazione all'interno del T.U 2008 è messa in relazione alla prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali in un determinato ambiente di lavoro, ma non è parte integrante dello *status* professionale del lavoratore⁷¹.

Il tema della formazione per la sicurezza deve invece prospettarsi come l'aspetto determinante della disciplina protezionistica. La stessa verifica dell'apprendimento è spesso evanescente e si traduce in momenti solo formalistici.

Per ben delimitare la responsabilità datoriale è necessario rammentare che il lavoratore non è solo titolare di un diritto alla formazione, ma è anche obbligato ad effettuarla, avendo un preciso obbligo di cooperazione ex art.20 del d.lgs. n.81 del 2008.

È suggerita dagli specialisti della materia, ad esempio, una maggiore valorizzazione dei modelli di organizzazione e di gestione della sicurezza (MOG) di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008, i quali, nella misura in cui fossero agganciati a reali ed effettive esperienze partecipative, tramite organismi paritetici, potrebbero divenire il parametro per la corretta attuazione, da parte dei datori di lavoro, degli obblighi di sicurezza su essi incombenti, ponendo così rimedio all'incertezza esistente in materia, e con possibili (ma sorvegliati) riflessi sul piano della responsabilità datoriale.

La responsabilizzazione dei lavoratori ovviamente tende ad accentuarsi nel momento in cui la prestazione viene eseguita in condizioni di particolare "autonomia" o al di fuori del tradizionale contesto aziendale, come accade nel lavoro agile⁷² o in tutte le occasioni in cui il lavoratore operi in altri "luoghi". Tale considerazione, però, non può significare che in caso di infortunio il datore di lavoro possa ritenersi esonerato da responsabilità, così come non è idonea ad esentare il datore di lavoro dall'onere-obbligo di vigilanza, ma piuttosto serve a ricondurre tale obbligo entro una sfera di ragionevolezza, da valutare a seconda delle caratteristiche di ciascun lavoratore e della formazione da lui ricevuta.

⁷¹ PASCUCCI P., *Prevenzione, organizzazione e formazione. A proposito di un recente libro sulla sicurezza sul lavoro*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro* n.1/2016, p.64.

⁷² P.PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore "agile"*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2017, 307.

Occorre riappropriarsi del significato che inizialmente il legislatore ha assegnato alla formazione, ben riconoscibile nell'*incipit* della definizione di cui all'art.2, comma 1, lett. a, del d.lgs. n.81/2008 che la intende come: «processo evolutivo»⁷³.

Il lavoratore dovrà diventare protagonista e responsabile della propria sicurezza sviluppando, attraverso un'adeguata formazione, capacità di adattamento alle condizioni imprevedute che si verificano quotidianamente e attitudine a rispondervi con comportamenti sicuri.

Le vicende legate alla pandemia Covid-19 hanno altresì comportato un'enorme diffusione di tipologie di lavori tramite piattaforme digitali con isolamento e distanziamento sociale imposto come misura contro i rischi di contagio.

L'estrema differenziazione e frammentazione dei contesti lavorativi impone, tra l'altro, di parlare di "sicurezza dei lavoratori" e non più di sicurezza sul lavoro.

Questa diversa impostazione presuppone un irrobustimento degli obblighi formativi sia a carico delle aziende che dei lavoratori ed un più diretto coinvolgimento dell'INAIL nella fase di programmazione, validazione e monitoraggio delle attività formative⁷⁴.

Ripercorrendo le ipotesi di responsabilità sopra enunciate la necessità di dare centralità all'elemento formativo trova conferma anche nelle più recenti pronunce della Corte di Cassazione, sezione penale, investita da vicende complesse in materia di violazione di obblighi di sicurezza⁷⁵.

Non a caso la Corte⁷⁶ ha affermato che il datore è responsabile del sinistro occorso al lavoratore a causa della mancata verifica della funzionalità del sistema di sicurezza, se tale omissione deriva da una "incompleta formazione" del dipendente. Secondo i Giudici di legittimità l'interruzione del rapporto di causalità,

⁷³ A.ROTELLA, *Profili di salute e sicurezza : tra limiti e proposte di modifica della attuale normativa*, in M.TIRABOSCHI (a cura di), op.cit.532

⁷⁴ G.NATULLO, *Il testo unico su salute e sicurezza: spunti e proposte di modifica*, op.cit.,525.

⁷⁵ S.D.TORDINI CAGLI, *I soggetti responsabili*, in CASTRONUOVO, F.CURI, S.TORDINI CAGLI, V.TORRE, V.VALENTINI, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Torino, Giappichelli, 2021, 104 ss

⁷⁶ Cass.pen., 22.07.2022, n. 29025 del in <https://www.cortedicassazione.it/>. Nel caso di specie la Corte ha ritenuto che non basta "formare" i lavoratori, ma è anche necessario dare "evidenza/e" di averli formati, quest'ultimo accadimento può essere dimostrato come il "training on the job" ovvero affiancando il lavoratore meno esperto ad uno esperto e facendo valutare a quest'ultimo l'operato del primo .

pur in presenza della imprudente condotta del lavoratore, non sussiste qualora il sistema di sicurezza apprestato dal datore presenti delle evidenti criticità. Ed invero, le disposizioni di sicurezza, da un lato, perseguono il fine di tutelare il dipendente anche dagli infortuni derivanti da sua colpa e, dall'altro, onerano il datore del compito di impedire l'instaurarsi di prassi di lavoro non corrette e, come tali, foriere di possibili rischi per la sicurezza e l'incolumità. E con successiva sentenza⁷⁷ è stato ribadito che "l'omessa formazione" del lavoratore in materia antinfortunistica non può mai ritenersi compensata dalla professionalità acquisita negli anni dal medesimo. La Cassazione in sostanza individua nell'obbligo di fornire adeguata formazione ai lavoratori, uno dei *principali* oneri gravanti sul datore di lavoro, ed in generale sui soggetti preposti alla sicurezza del lavoro.

La violazione degli obblighi inerenti la formazione e l'informazione dei lavoratori integrerebbe "un reato permanente", in quanto il pericolo per l'incolumità dei lavoratori permane nel tempo e l'obbligo in capo al datore di lavoro continua nel corso dello svolgimento della prestazione lavorativa fino al momento della concreta formazione impartita o della cessazione del rapporto⁷⁸. È infatti tramite l'adempimento di tale obbligo che il datore di lavoro rende edotti i lavoratori dei rischi specifici cui sono esposti. Ove egli non adempia a tale fondamentale obbligo, sarà chiamato a rispondere dell'infortunio occorso al lavoratore, laddove l'omessa formazione possa dirsi causalmente legata alla verificazione dell'evento. Non può infatti venire in soccorso del datore di lavoro il comportamento imprudente posto in essere dai lavoratori non adeguatamente formati. Il datore di lavoro che non adempie agli obblighi di informazione e formazione gravanti su di lui e sui suoi delegati risponde, infatti, a titolo di colpa specifica, dell'infortunio dipeso dalla negligenza del lavoratore il quale, nell'espletamento delle proprie mansioni, pone in essere condotte imprudenti, trattandosi di conseguenza diretta e prevedibile della inadempienza degli obblighi formativi. È pertanto evidente che un sistema

⁷⁷ Cass. Pen., 19.10.2022, [n. 39489 del](https://www.cortedicassazione.it) in <https://www.cortedicassazione.it>.

⁷⁸P.SOPRANI, *Informazione e formazione dei lavoratori tra obblighi penalmente sanzionati e normativa secondaria*, in *Igiene & sicurezza del lavoro*, n. 3, marzo 2017.

prevenzionistico non possa reggersi sulla sola forza deterrente della sanzione e dell'incremento delle pene.

Le imprese e i luoghi di lavoro, pubblici e privati, devono dotarsi dei giusti presidi di competenze e professionalità⁷⁹. Accanto allo sforzo volto all' identificazione di specifici standard formativi e di definizione di chiari percorsi di aggiornamento professionale occorre insistere sulla costruzione di nuove professionalità in grado di muoversi negli ambienti di lavoro (intesi in senso dinamico) in sintonia con le molteplici trasformazioni in atto. In questa prospettiva il concetto di luogo di lavoro, in divenire, pone necessariamente dei dubbi sulle responsabilità, sui soggetti obbligati e sul contestuale ruolo assunto dall'organizzazione⁸⁰ quale centro di imputazione (o redistribuzione) degli obblighi prevenzionistici.

Tale impostazione metodologica, non legata necessariamente all'emersione di nuovi lavori, sempre più sganciati da un luogo fisico e fisso, induce a valutare l'opportunità di modulare le tutele tenendo conto delle diverse modalità in cui può svolgersi la prestazione lavorativa⁸¹.

In questa direzione si giunge alla consapevolezza che l'adempimento dell'obbligazione formativa vada riempito di maggiori contenuti in quanto rimane l'unico vincolo inderogabile a garanzia tanto del lavoratore che del datore di lavoro.

La contrattazione collettiva, e in generale l'intervento sindacale (e non più solo il legislatore), dovrebbero infine garantire alla formazione quella specializzazione che appare ormai indispensabile per rendere concreta ed effettiva la tutela in ogni settore e contesto lavorativo investito da costanti e mutevoli transizioni.

Il diritto alla formazione permanente deve altresì essere riconosciuto non solo dai contratti collettivi ma, in modo più chiaro e deciso, direttamente dalla legge, in ciò ispirandosi al modello nazionale più avanzato (quello francese) e seguendo le

⁷⁹NEGRI S.,(a cura di) *Competenze e nuove professionalità per la tutela della salute e della sicurezza, in Il sistema prevenzionistico e le tutele assicurative alla prova della IV Rivoluzione industriale*, Adapt, University Press,2021,p.53.

⁸⁰ M.TIRABOSCHI,*Nuovi modelli della organizzazione del lavoro e nuovi rischi in Diritto della sicurezza sul lavoro, Rivista dell'Osservatorio Olympus*,n.1/2022,136.

⁸¹ L.M. PELUSI, *Nuove competenze per la prevenzione dei rischi nella IV rivoluzione industriale. Da nuovi rischi, nuove professionalità*, in "Working Paper ADAPT Salus", n. 1/2020.

indicazioni in tal senso provenienti dall'ordinamento europeo (Pilastro sociale europeo, n. 1)⁸².

In tal senso depone la revisione delle regole sulla formazione, affidata ad un maxi-accordo tra Stato e regioni in fase di definizione, che dovrà omogeneizzare un quadro frammentario e disorganico, incidere sul delicato aspetto della verifica degli apprendimenti e disciplinare una novità da tempo attesa come la formazione dei datori di lavoro, non essendo concepibile – anche a fronte del nuovo testo dell'art. 41 Cost. – che chi fa impresa non sappia alcunché del sistema di prevenzione e di come lo si deve organizzare⁸³.

⁸² B.CARUSO-R.DEL PUNTA-T.TREU, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile in* <https://csdle.lex.unict.it/>, 20 maggio 2020.

⁸³ P.PASCUCCI, *La sicurezza sul lavoro alla prova dell'effettività: l'obbligo di individuazione dei preposti in Lavoro Diritti Europa* n.3/ 2022.

La *ratio* dell'obbligo vaccinale nella recente giurisprudenza costituzionale

di

Carlo Iannello*

Sommario: 1. Un inedito coinvolgimento della Consulta. - 2. L'obbligo si confronta con il modello dell'art. 32 Cost. -3. Il funzionamento del SSN non può essere lo scopo dell'obbligo vaccinale. - 4. La sentenza n. 14/2023 e il nucleo indefettibile degli obblighi vaccinali. -5. La *ratio* dell'obbligo è la prevenzione dal contagio, ma si scorgono rischi per il futuro. -6. Una postilla sulle ordinanze in discussione il 23 e il 24 maggio.

1. Un inedito coinvolgimento della Consulta

A differenza di quanto accaduto in passato con riferimento alle leggi impositive dei trattamenti vaccinali, l'obbligo introdotto per i sanitari per il Sars-Cov-2 ha alimentato molteplici dubbi di legittimità costituzionale, determinando un coinvolgimento inedito del Giudice delle leggi¹.

Sino ad ora, la Consulta è stata sollecitata ad intervenire attraverso 16 questioni di costituzionalità, che hanno sollevato plurimi dubbi di legittimità.

Un numero così elevato di qlc è in sé significativo.

Infatti, in primo luogo, c'è da tener in conto che fino al 22 marzo 2022 il «granitico»² orientamento dei giudici ordinari e amministrativi era nel senso di rigettare le

*Professore associato di Diritto pubblico – Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

¹ Relazione del 22 marzo 2023 all'Università del Lazio meridionale al convegno dal titolo «La giurisprudenza costituzionale sull'obbligo vaccinale nella pandemia da Covid-19».

² Così M. ARMANNO, *L'istruttoria ai fini della valutazione della non manifesta infondatezza, in Nuove autonomie*, numero speciale, 1-2022, 5

eccezioni di incostituzionalità³. Inoltre, in non pochi casi, anche dopo le sentenze della Consulta in commento, sono stati gli stessi giudici di merito ad accogliere *direttamente* le censure di costituzionalità⁴.

Nonostante ciò, in terzo luogo, si contano più ordinanze sull'art. 4, d.l. n. 44/2021, rimasto in vigore da aprile 2021 al 1° novembre 2022, rispetto a tutte quelle prodotte per gli *altri* obblighi vaccinali a partire dall'entrata in vigore della Costituzione. Si deve rilevare che della questione è stata interessata anche la Corte di Giustizia dell'UE, con una pluralità di quesiti⁵

Di queste 16 ordinanze, 12 sono state già decise. Con riferimento alle altre 4 si è ancora in attesa o di conoscere gli esiti della decisione (per la questione sollevata con ord. n. 118/2022, decisa il 4 aprile) oppure si è in attesa della discussione del 23⁶ e 24⁷ maggio e del 5 luglio⁸.

Il 30 novembre 2022 la Consulta si è pronunciata su 10 q/c. Le motivazioni sono state pubblicate il 9 febbraio 2023 e le relative sentenze hanno preso i numeri 14, 15 e 16/2023⁹.

Le molte ordinanze di rinvio erano state, infatti, suddivise in tre filoni.

³ Cfr., Cons. St., III, n. 7045/202; Cass. pen. n. 14275/2022; TAR Friuli, I, n. 261/2021, Cons. St., III, n. 8454/2021, T.A.R. Lombardia, Milano, I, n. 109/2022, Cons. St., III, n. 583/2022, Tar Veneto, III, n. 1548/2022; Cons. St., III, 9948/2021; Trib. Genova 20 dicembre 2021.

⁴ Si veda, dopo le sentenze del 2023 della Consulta, Trib. Pen. Mil. Napoli del 10.3.2023 che qualifica la propria interpretazione «costituzionalmente orientata»; Trib. di Firenze 27.3.2023. Prima delle sentenze del 2023 della Consulta molti giudici avevano accolto istanze dei lavoratori.

⁵ Trib. di Padova, 13 dicembre 2021, in G.U. dell'UE del 28.3.2022 (Causa C-765/21) che formula 6 quesiti, uno dei quali è relativo all'obbligo per i guariti. Il giudice chiede alla Corte se «sia legittima una disciplina nazionale che consente al personale sanitario che è stato dichiarato esente dall'obbligo di vaccinazione di esercitare la propria attività a contatto con il paziente [...] mentre il sanitario che come la ricorrente — in quanto naturalmente immune a seguito di contagio — non voglia sottoporsi al vaccino senza approfondite indagini mediche, viene automaticamente sospeso da qualunque atto professionale e senza remunerazione».

⁶ Ord. n. 135/2022.

⁷ Ord. n. 136/2022.

⁸ Ord. n. 153/2022.

⁹ Rari i commenti alle ordinanze di rinvio: cfr. C. IANNELLO, *L'interpretatio abrogans dell'art. 32 Cost.*, Napoli, 2022, e pochi scritti ivi citati. Sulle sentenze del 2023 cfr. V. BALDINI, *L'emergenza sanitaria: tra stato di eccezione, trasformazione della costituzione e garanzie del pluralismo democratico. Aspetti problematici (e poco convincenti...) della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Dirittifondamentali*, 1/2023.

Un primo filone è stato dedicato alla questione avanzata il 22 marzo del 2022 dal CGARS, che si segnala anche per essere stata la prima. Essa contestava, con motivazioni molto singolari, come si vedrà più avanti, la legittimità dell'obbligo rispetto al parametro dell'art. 32 Cost. Tale questione è stata decisa con la sentenza n. 14/2023.

Un secondo filone ha riguardato 10 ordinanze che dubitavano, principalmente, della costituzionalità delle conseguenze derivanti dal mancato adempimento dell'obbligo. Infatti, mentre la disciplina iniziale prevedeva, per i non vaccinati, il *repêchage*, cioè la loro collocazione in un ambito di lavoro non a contatto con i pazienti, in un secondo momento la conseguenza della mancata vaccinazione è diventata la sospensione dal lavoro e dalla retribuzione, senza neppure il godimento di un assegno alimentare e senza che vi fosse possibilità, per il datore, di verificare il concreto pericolo di contagio. In queste ordinanze, i parametri di costituzionalità sono stati soprattutto gli artt. 4 e 36 Cost. al fine di mettere in luce il significato costituzionale della retribuzione, sollecitando la Consulta anche sulla mancata previsione di un assegno alimentare. In queste ordinanze era stato utilizzato come *tertium comparationis* del giudizio di ragionevolezza la disciplina che prevede la corresponsione di un assegno alimentare per il lavoratore sospeso per procedimento disciplinare o penale. Una sola di esse, proveniente dal Trib. di Padova, aveva messo in dubbio la compatibilità della disciplina rispetto al modello dell'obbligo vaccinale previsto dall'art. 32 Cost. e precisato dalla giurisprudenza costituzionale. Tale ordinanza (che si sarebbe anche potuta unire a quella promossa dal CGARS, in quanto entrambi i giudici avanzavano dubbi di compatibilità della legge con il modello costituzionale di obbligo vaccinale) è stata decisa unitamente a quelle di contenuto lavoristico. Devono essere state considerate prevalenti le analogie relative al *petitum*. Queste ordinanze sono state decise con la sentenza n. 15/2023.

Infine, un'ultima ordinanza, decisa con la sentenza n. 16/2023, aveva sollevato il dubbio di legittimità per l'irragionevolezza della legge che impediva ogni valutazione sul pericolo di contagio provocato dal non vaccinato, di modo che era

stata inibita a una psicologa lo svolgimento di sedute di terapia psicologica a distanza.

2. L'obbligo si confronta con il modello dell'art. 32 Cost.

Queste ordinanze hanno un tratto in comune, che le differenzia dalle precedenti: per la prima volta i giudici *a quibus* hanno sollevato dubbi sulla compatibilità di una legge impositiva del trattamento sanitario con il modello di obbligo vaccinale, così come definito dall'art. 32 Cost. e precisato dalla giurisprudenza costituzionale. Infatti, ad essere censurati sono stati o la mancanza del beneficio per la salute dei terzi o l'insicurezza del vaccino o le conseguenze derivanti dall'inadempimento dell'obbligo.

È questo, probabilmente, l'elemento da cui emerge limpidamente la discontinuità rispetto al passato: le vicende da cui le recenti ordinanze sono scaturite erano relative a giudizi in cui i cittadini hanno chiesto che fosse riconosciuta la legittimità del rifiuto di vaccinarsi. Al contrario, la pregressa giurisprudenza è stata costruita intorno alle conseguenze costituzionalmente imposte rispetto ai *danni* provocati dal vaccino, dopo l'adempimento *spontaneo* dell'obbligo (una giurisprudenza che si potrebbe definire sui danni da vaccinazione)¹⁰.

Le questioni poste alla Consulta in tema di obbligo vaccinale sono state pertanto nuove, perché si è contestata o la costituzionalità della disciplina con riferimento al parametro di cui all'art. 32 Cost. (per mancanza del presupposto o del requisito di costituzionalità) o la legittimità¹¹ (ai sensi degli artt. 2, 3, 4, 36 e 32 Cost.) delle

¹⁰ Cfr. Corte Cost. 307/1990; n.118/1996; n. 268/2017. In pochi precedenti le qlc hanno riguardato un rifiuto di vaccinazione e la Consulta non è entrata nel merito, rilevando l'inammissibilità: cfr. sentenza n. 142/1983, n. 258/1994; l'ord. n. 262/2004 (di segno opposto cfr. Corte Cost. n. 132/1992). Anche la questione sul d.l. 73/2017 è arrivata all'esame della Consulta attraverso un'impugnazione della regione Veneto. Corte Cost. n. 218/1994, invece, riguarda un trattamento diagnostico per la ricerca dell'HIV.

¹¹ La l. n. 292/1963, ad esempio, all'art. 1, co. 2, ha previsto l'obbligo «a partire dalle nuove leve di lavoro».

conseguenze automatiche dell'inadempimento (indipendentemente, cioè, da una valutazione del pericolo epidemiologico determinato dal non vaccinato).

Tale novità di approccio al giudizio costituzionale altro non è se non il riflesso processuale di una discontinuità netta del diritto sostanziale. Il modello di obbligo (ed onere) vaccinale che si era consolidato nella legislazione (anche molto) precedente non è stato replicato nel corso dell'epidemia dovuta al Sars-Cov-2¹².

Nonostante le profonde differenze costituzionali tra il periodo pre e post repubblicano, esiste infatti un elemento di continuità delle politiche in tema di vaccinazione obbligatoria: l'adempimento dell'obbligo (o dell'onere) vaccinale era sempre stata considerata una condizione per la partecipazione ad *una* sola attività della vita sociale¹³. Inoltre, l'obbligo è stato normalmente introdotto con valenza solo per il futuro¹⁴.

Durante l'epidemia di Sars-Cov-2 tale modello ne è uscito capovolto. L'inadempimento dell'obbligo o dell'onere (cd. certificato verde, specie nella sua seconda versione) impedivano ai non vaccinati lo svolgimento del lavoro (eliminata ogni forma di retribuzione), nonché la partecipazione alla vita sociale, a partire dai 12 anni di età. Ad uscirne capovolto è stato, cioè, il rapporto tra la regola (la libertà) e l'eccezione (la sua limitazione).

3. Il funzionamento del SSN non può essere lo scopo dell'obbligo vaccinale

Come osservato, il 30 novembre 2022 la Corte ha definito una pluralità di q/c. Fra le sentenze pronunciate, quella di maggior interesse per la definizione del modello di obbligo vaccinale è la numero 14, perché indugia sul presupposto di costituzionalità, cioè sulla finalità perseguita dal legislatore attraverso

¹² In Italia l'obbligo fu introdotto con il R. D. n. 1265/1934 (antivaiolosa), poi con l. l. n. 891/1939 (antidifterica).

¹³ Peraltro, le leggi impositive dell'obbligo, anche del periodo pre-repubblicano, erano attente a rispettare il principio di non retroattività della legge. La l. n. 891/1939 si applicava «*per la prima ammissione alle scuole primarie*» (art. 3, co. 1).

¹⁴ Cfr., inoltre, la stessa legge sulla vaccinazione antitetanica nei luoghi di lavoro del 1963.

l'imposizione del trattamento. Prima di passare all'analisi di tale decisione, pare comunque opportuno spendere alcune parole sulle sentenze n. 16 e 15/2023.

Ad originare la sentenza n. 16 è stata una questione sollevata dal Tar Lombardia in una controversia instaurata da una psicologa sospesa dall'albo perché non vaccinata. La psicologa lamentava l'irragionevolezza di una sospensione che le impediva di praticare anche le terapie da remoto, cosa che faceva da tempo, per pazienti non residenti in Italia. La q/c era pertanto stata impostata sulla base del difetto di ragionevolezza per incongruità tra il fine perseguito e i mezzi impiegati. La Consulta ha però ritenuto la questione inammissibile in quanto proveniente da un giudice non fornito di giurisdizione, in conformità a quanto sancito dalle Sezioni Unite¹⁵.

Occorre rilevare che le conseguenze pratiche di questa decisione potrebbero essere più rilevanti di quanto si possa immaginare. Avallando l'orientamento della Cassazione, questa decisione potrebbe produrre una moltiplicazione dei ricorsi. Infatti, certamente la psicologa in questione potrà riassumere il giudizio davanti al g.o. e, in quella sede, sollevare una nuova eccezione di incostituzionalità. Inoltre, la medesima cosa potrà essere fatta da tutti gli altri professionisti sospesi, i quali potranno ricorrere al g.o. entro il termine di prescrizione (nonostante il termine decadenziale di 60 giorni per il ricorso al Tar sia già spirato).

Come sopra osservato, la sentenza n. 15/2023 ha riunito ben 10 ordinanze sollevate da diversi tribunali (Brescia, Catania, Padova) nonché dal TAR Lombardia.

I dubbi di costituzionalità fatti valere in tali ordinanze hanno riguardato le conseguenze dell'inadempimento dell'obbligo, cioè la perdita della retribuzione, non compensata nemmeno da un assegno alimentare.

Diversi sono gli elementi di interesse della sentenza n. 15/2023.

In primo luogo, essa chiarisce un dato che era stato incredibilmente revocato in dubbio nel dibattito pubblico durante le fasi più confuse della gestione della pandemia: chi non si vaccina, ribadisce in più punti, esercita un diritto

¹⁵ Cass. civ., sez. un., ord. n. 28429/2022; cfr., inoltre, Cons. St. n. 8434/2022.

fondamentale¹⁶. Ed è proprio in base a tale presupposto che la Consulta conferma quanto precisato nella legge, cioè che la sospensione dal lavoro, conseguenza della mancata vaccinazione, non è una sanzione. Sarebbe, infatti, del tutto contraddittorio sanzionare un lavoratore in quanto esercita un proprio diritto «fondamentale». Conseguentemente, la Consulta, ha espressamente qualificato «legittima»¹⁷ la scelta del lavoratore.

Fatta questa premessa, che non si può non condividere, la Consulta non corregge le gravi conseguenze legate all'inadempimento dell'obbligo.

La sospensione dal servizio, l'assenza di retribuzione e finanche la mancata corresponsione di un assegno alimentare ne escono impregiudicati.

La Consulta ha sviluppato un'argomentazione all'interno della logica privatistica, osservando che se vi è un'interruzione del sinallagma contrattuale, la retribuzione non trova giustificazione¹⁸. Nessuna riflessione sul valore costituzionale della retribuzione e sul «rispetto della persona umana».

La medesima logica ha mosso l'argomentazione anche con riferimento alla questione dell'assegno alimentare.

La Consulta ha osservato che il termine di paragone invocato dai giudici *a quibus* non è pertinente: sul datore di lavoro ricade l'onere economico dell'assegno alimentare perché sua è la decisione di sospendere il lavoratore coinvolto in un procedimento disciplinare o penale. Nel caso in questione, invece, la sospensione discende automaticamente dalla legge. Il paragone tra il lavoratore sospeso per processo penale e per mancata vaccinazione non è congruo, fondandosi su diversi presupposti. La scelta su chi deve sostenere l'onere dell'assegno alimentare non si presenta, pertanto, come soluzione a rime obbligate¹⁹.

Se il richiamo alla limitatezza dei poteri discrezionali del giudice costituzionale è quanto mai opportuna, non si può evitare di segnalare l'insoddisfazione per

¹⁶ Cfr., fra i tanti passaggi, il punto 12.2.

¹⁷ Cfr. punto 14.5.

¹⁸ Cfr. punto 14.3.

¹⁹ Cfr. il punto 14.5.: «rimane smentita la conclusione che configuri quale soluzione costituzionalmente obbligata l'accollo al datore di lavoro della erogazione solidaristica [...] di una provvidenza di natura assistenziale, esulante dai diritti di lavoro, atta a garantire la soddisfazione delle esigenze di vita del dipendente e della sua famiglia».

L'argomentazione seguita, in cui non si avverte alcuna preoccupazione per gli esiti di un bilanciamento che, stando all'intrinseco ragionamento della stessa Corte, bilancia davvero poco, lasciando del tutto insoddisfatto uno dei due termini (il diritto di autodeterminazione terapeutica). Se infatti la Consulta chiarisce che il rifiuto di vaccinarsi è esercizio di un diritto fondamentale per cui (logicamente e per la rilevanza dei diritti costituzionali coinvolti) la sospensione non è una sanzione, è evidente che la soluzione individuata dal legislatore è insoddisfacente, così come la conclusione cui giunge la Consulta. In molte altre occasioni, infatti, di fronte a una situazione di tale tipo, pur lasciando impregiudicata la disciplina, il Giudice costituzionale ha pronunciato un monito, richiamando il legislatore a una scelta più bilanciata per il futuro.

Si avverte l'insufficienza di un ragionamento condotto più alla luce del codice civile che della Costituzione. Nessun cenno è riservato, anche solo come indicazione per il futuro, al fondamento della Repubblica (il lavoro), e al «rispetto della persona umana», tratto caratterizzante l'art. 32 e l'intera Costituzione. In particolare, i Costituenti, con questo controlimite, presidio della sola libertà di cura, espressero un concetto persino più ampio di quello di dignità, perché «il rispetto della persona umana» la comprende, senza esaurirsi in essa²⁰.

Pare superfluo rilevare che la perdita della retribuzione, non compensata nemmeno da un assegno alimentare²¹, nella vita della persona concreta, dell'*homme situé*²², è una conseguenza che può rilevarsi persino più dura della privazione della libertà personale, poco contando, per chi ne subisce le conseguenze, che dal punto di vista formale non sia una sanzione.

La libertà sancita dall'art. 32 Cost., ad onta del controlimite, che ne avrebbe voluto garantire l'intangibilità, o per lo meno la non completa soppressione in caso di

²⁰ Cfr., sul punto, S. RODOTÀ, *La dignità della persona umana*, 2011, sul sito www.unipd.it: «Prima s'era scritto della dignità, ma la dignità è sembrata in quel momento una parzialità: la dignità è una qualità della persona insieme ad altre – la libertà, l'eguaglianza: si è voluta dare un'indicazione più forte, richiamando nella sua totalità la persona umana da rispettare».

²¹ Un tentativo di bilanciamento era stato compiuto dalla versione iniziale del d.l. n. 44/2021, con il *repêchage*.

²² G. BURDEAU, *Democrazia*, Enc. Nov., *Treccani.it*; S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007, 15 ss.

bilanciamento, rimane priva di tutela. Potrebbe apparire azzardato il paragone, ma pare veder riaffiorare elementi del positivismo ottocentesco, in cui i diritti non avevano un contenuto inderogabile dal legislatore.

Ponendo l'attenzione su questi aspetti, dopo aver espressamente affermato che la scelta di non vaccinarsi è espressione di un diritto fondamentale, la Consulta (anche solo per un'esigenza di coerenza) avrebbe perlomeno potuto formulare un monito per il legislatore che, pur senza annullare la disciplina, gli indicasse la strada da seguire, in futuro, per realizzare un bilanciamento in cui il diritto di autodeterminazione rispetto alle cure non fosse così radicalmente conculcato.

Ma c'è un punto della sentenza n. 15 che suscita preoccupazione, perché non si limita a chiudere una vicenda passata, ma apre uno spiraglio, seppure piccolo, per fondare, nel futuro, eventuali politiche di obblighi vaccinali al di là della *ratio* consolidata.

Questa decisione, infatti, sebbene ricalchi la sentenza n. 14, che analizzeremo più avanti, condividendone il ragionamento sul presupposto costituzionale (cioè che le politiche di obbligo vaccinale sono ancorate *indefettibilmente* alla protezione della salute dei terzi), in un punto va oltre questa logica.

Si tratta di un passaggio non essenziale ai fini della decisione, in cui si allargano le maglie della *ratio* dell'obbligo vaccinale. Poiché uno dei giudici remittenti, preso atto della non incidenza del vaccino sulla diffusione del virus, aveva osservato che il tampone era misura più efficace per garantire tale scopo, la Consulta ha obiettato che l'uso del tampone non avrebbe avuto alcuna capacità di «prevenire la malattia (specie grave) degli stessi operatori». In tal modo, non si sarebbe potuto evitare il «rischio di compromettere il funzionamento del SSN»²³.

Questa affermazione contiene due argomenti: se il primo è di particolare interesse, il secondo sconfinava dalla *ratio* dell'obbligo vaccinale (quindi dalla logica).

²³ Cfr. Corte Cost. n. 15/2023, punto 11.3, ove si legge: «[...] [il tampone] sarebbe stato del tutto inidoneo a prevenire la malattia (specie grave) degli stessi operatori, con il conseguente rischio di compromettere il funzionamento del SSN». Se lo scopo perseguito fosse quello di preservare il SSN, che senso avrebbe impedire al dipendente non vaccinato di prestare la propria opera a favore di quel servizio che il cui funzionamento dovrebbe preservare? L'argomento, se non coincide con quello del CGARS, apre anch'esso la strada a uno stravolgimento della *ratio* dell'obbligo.

Il primo argomento è che la Consulta non contrasta la circostanza che il Tribunale aveva acquisito come «fatto notorio», cioè che il vaccino non blocca il contagio, ipotizzando, proprio per questo, la maggior efficacia del tampone a tale scopo. Questo «fatto notorio» è, anzi, la premessa su cui si regge il secondo argomento, che esaminiamo di seguito²⁴.

Tale argomento, invece, ribalta la logica (ordinaria e giuridica) che sorregge l'obbligo di vaccinazione, perché lascia ipotizzare che il bene da proteggere non debba essere *esclusivamente* la salute dei terzi, ma possa essere, *alternativamente*, il funzionamento del SSN. Così ragionando, tuttavia, la disciplina impugnata non reggerebbe ad uno scrutinio logico. Se così fosse, infatti, non vi sarebbe giustificazione per la sospensione del lavoratore. Se lo scopo dell'obbligo non fosse quello di proteggere la salute dei terzi dalla diffusione del contagio, ma salvaguardare la funzionalità del SSN impedendo ai lavoratori di ammalarsi, la sola misura priva di ogni senso sarebbe proprio quella della sospensione del lavoratore dal servizio.

Nelle medesime contraddizioni si imbatterebbe una legge che imponesse un obbligo di vaccinazione su queste premesse (il)logiche.

È ragionevole ritenere, tuttavia, che tale passaggio resti confinato in questo infelice *obiter dictum*, in quanto non solo la stessa sentenza n. 15 ribadisce che la *ratio* dell'obbligo vaccinale risiede proprio nella prevenzione dal contagio, richiamata innumerevoli volte²⁵, ma anch'essa, come la 14, in tanto giustifica la legittimità della legge in quanto dà valore alle informazioni che il legislatore possedeva nella primavera 2021, che facevano apparire l'obbligo in questione «non sproporzionato» e «non irragionevole» per il perseguimento dell'obiettivo dichiarato: la prevenzione dal contagio. Inoltre, la sentenza 14/2023, dedicata quasi interamente a tale aspetto,

²⁴ Proprio l'inefficacia del vaccino a prevenire il contagio, nell'economia della sentenza n. 15 ma anche della n. 14, è il presupposto su cui si fonda buona parte della motivazione: che l'obbligo per il Sars-Cov-2 abbia rappresentato una politica di tutela della salute pubblica, infatti, la Consulta lo riesce ad affermare solo ponendosi «di quel momento storico», alla luce delle informazioni disponibili «al momento», che lasciavano ipotizzare la capacità del vaccino di prevenire l'infezione.

²⁵ L'espressione «rischio di diffusione del contagio» ricorre spesso nella decisione: Corte Cost. n. 15/2023, punti n. 11.1, n. 11.2, n. 12.1, n. 13.3, n. 13.4 tre volte, n. 13.5.

come si vedrà tra breve, ha tenuto ferma la consolidata *ratio* (la protezione della salute dei terzi) nonostante fosse stata spinta a rivederla proprio dall'ordinanza di remissione, che revocava in dubbio, incredibilmente, questo principio.

4. La sentenza n. 14/2023 e il nucleo indefettibile degli obblighi vaccinali.

La sentenza n. 14/2023 necessita di una valutazione critica nel senso autentico del termine. Essa, infatti, nella sua motivazione, ribadisce la piena validità della consolidata e corretta *ratio* dell'obbligo. Il ragionamento è articolato perché, per confermare tale *ratio*, deve dribblare la circostanza di fatto di un vaccino che non ferma il contagio; circostanza assunta dal giudice *a quo* come «fatto notorio», che la Consulta non contesta e su cui fonda il proprio ragionamento.

Attraverso un abile iter argomentativo, il Giudice costituzionale è riuscito nel complesso compito di fare salve, allo stesso tempo, la razionalità dell'obbligo vaccinale e il d.l. 44/2021, nonostante l'esperienza quotidiana ne avesse messo in dubbio l'idoneità a interpretare una politica di tutela della salute pubblica.

Una sentenza, pertanto, che se lascia insoddisfatta la tutela delle posizioni soggettive del ricorrente, ha il merito di ribadire la validità della consolidata *ratio* costituzionale dell'obbligo vaccinale. Si può, dunque, ritenere che siano proprio queste le indicazioni che dovranno valere per il futuro, nel caso (da nessuno auspicato) che ci dovessimo trovare ad affrontare simili situazioni.

Passando al contenuto della sentenza, pare il caso di evidenziare che il compito cui è stato chiamato il giudice costituzionale era aggravato da un'ordinanza di rinvio insidiosa.

L'ordinanza del CGARS, infatti, focalizzava i dubbi sul requisito del beneficio individuale o, più precisamente, sulla mancanza di sicurezza del farmaco, ma costruiva il suo ragionamento su un'interpretazione che aveva come conseguenza il ribaltamento del *presupposto* costituzionale dell'obbligo, cioè il cosiddetto beneficio per la salute pubblica; un ragionamento che, ove fosse stato condiviso dalla

Consulta, avrebbe posto le premesse per un'interpretazione abrogatrice dell'art. 32 Cost.²⁶.

Pare pertanto opportuno dedicare la dovuta attenzione al ragionamento del CGARS, che ha pronunciato due ordinanze: una istruttoria il 17 gennaio 2022 e l'ordinanza di rinvio il 22 marzo 2022.

Il CGARS è stato interessato nella sua qualità di giudice di secondo grado da un ricorso presentato da un tirocinante per le professioni sanitarie che il 27 aprile 2021 era stato escluso dal tirocinio dal Rettore dell'Università di Palermo perché non vaccinato.

Il Tar non aveva accolto le censure formulate dalla difesa²⁷, ed aveva altresì dichiarato manifestamente infondata l'eccezione di incostituzionalità.

La difesa del tirocinante sosteneva la non applicabilità dell'obbligo all'assistito perché esteso ai tirocinanti solo in tempi successivi a quello dell'adozione dell'atto da parte del Rettore, conformemente, peraltro, a quanto sostenuto in dottrina²⁸. Solo a partire dal 26 novembre 2021, col d.l. n. 172, tale categoria diventa destinataria dell'obbligo; inoltre, la difesa faceva valere anche la condizione dello studente, guarito dal Covid-19, per escludere la sua sottomissione all'obbligo.

Davanti al CGARS sono stati riproposti tali motivi, ivi compresa l'eccezione di incostituzionalità. Proprio a fronte di tale eccezione, il collegio ha pronunciato un'ordinanza istruttoria, volta ad acquisire elementi utili per valutare la «non manifesta infondatezza», posto che aveva ritenuto «rilevante» la questione, sposando la tesi del giudice di prime cure (la cogenza dell'obbligo per il tirocinante a partire da aprile 2021, ricorrendo identità di *ratio* rispetto al personale sanitario: la protezione della salute dei pazienti).

Il CGARS, tramite l'ordinanza istruttoria del 17 gennaio 2022, intendeva approfondire aspetti medici: sulla sicurezza ed efficacia del vaccino, sull'attività di

²⁶ Si rinvia nuovamente al mio mio *L'interpretatio abrogans dell'art. 32 della Costituzione*, cit.

²⁷ Tar Sicilia, I, ord. n. 1309/2021.

²⁸ G. VERDE, *Questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4 del d.l. n. 44/2021*, in *Nuove Autonomie*, numero speciale I-2022, 25 e ss.; A. ZITO, *Pandemia ed obbligo vaccinale*, ivi, 262 e ss.

farmacovigilanza, sul ruolo dei medici di base e, infine, sulle modalità di raccolta del consenso informato.

A tal fine ha nominato un collegio di esperti²⁹.

Con riferimento all'oggetto della presente riflessione, si deve rilevare che, fino all'ordinanza istruttoria, lo stesso CGARS confermava la tradizionale *ratio* dell'obbligo vaccinale³⁰, individuata nella protezione diretta della salute dei terzi, così come del resto aveva fatto il Consiglio di Stato.

Infatti, non solo il CGARS aveva richiamato a gennaio la posizione da poco espressa dal Consiglio di Stato sul punto (che aveva rigettato l'eccezione di incostituzionalità affermando l'«*esclusione di qualsivoglia patogenicità nei vaccinati*»)³¹ ma aveva anche formulato uno specifico quesito in tal senso³², in coerenza con il ruolo della prevenzione del contagio come requisito *indefettibile* di ogni obbligo vaccinale³³.

Nell'ordinanza di rimessione del 22 marzo 2022, invece, l'orientamento del collegio, inaspettatamente, si modifica.

Come è noto, il CGARS prende atto «empiricamente» che la vaccinazione non garantisce «l'immunità da contagio, sicché gli stessi vaccinati possono contagiarsi e, a loro volta, contagiare».

Tuttavia, tale evidenza non solo non viene utilizzata per sollevare la questione, ma viene addirittura giustificata, mettendo a rischio la *ratio* stessa dell'obbligo.

²⁹ Composto dal Segretario generale del Ministero della Salute, dal Presidente del CSS presso il Ministero della salute e dal Direttore della Direzione generale di prevenzione sanitaria

³⁰ Ord. istruttoria del CGARS del 17 gennaio 2022. Cfr. anche il punto 8.1. della medesima.

³¹ Cfr. Cons. St., III, n. 7045/2021, punto 27.9. «[...] la posizione della comunità scientifica internazionale, alla luce delle ricerche più recenti, è nel senso che la fase di eliminazione virale nasofaringea, nel gruppo dei vaccinati, è tanto breve da apparire quasi impercettibile, *con sostanziale esclusione di qualsivoglia patogenicità nei vaccinati*»

³² Cfr. la domanda 3.1. con cui si chiede «la trasmissione dei dati attualmente raccolti dall'amministrazione in ordine all'efficacia dei vaccini, con specifico riferimento al numero dei vaccinati che risultino essere stati egualmente contagiati dal virus (ceppo originario e/o varianti), sia il totale sia i numeri parziali di vaccinati con una due e tre dosi».

³³ Così, sempre nel 2022, Cons. St., decr. Pres., III, n. 583/2022. Cfr. Carlos FRANCO-PAREDES, *Transmissibility of SARS-CoV-2 among fully vaccinated individuals* in "The Lancet", 22 gennaio 2022, n. 16: «the impact of vaccination on community transmission of circulating variants of SARS-CoV-2 appeared to be not significantly different from the impact among unvaccinated people».

Secondo il CGARS, infatti, la vaccinazione «risulta efficace nel contenere decessi ed ospedalizzazioni, proteggendo le persone dalle conseguenze gravi della malattia». Da tale attitudine del vaccino, secondo il CGARS, deriva «un conseguente *duplice beneficio*: per il singolo vaccinato, il quale evita lo sviluppo di patologie gravi; per il sistema sanitario, a carico del quale viene allentata la pressione»³⁴.

Così ragionando, il CGARS entra in contraddizioni plurime con le sue stesse posizioni.

Infatti, non solo contraddice l'ordinanza istruttoria, ma finisce per contraddire anche quanto scritto solo poche pagine prima nell'ordinanza di rinvio, quando ha ritenuto «rilevante» la questione in quanto il tirocinante era soggetto all'obbligo fin dall'aprile 2021. Il CGARS, infatti, come accennato, ha affermato la rilevanza della questione perché per il tirocinante esisteva identità della *ratio* (frequentando le corsie degli ospedali, al pari dei medici e degli infermieri, il tirocinante avrebbe potuto trasmettere il virus ai pazienti)³⁵. La valutazione della rilevanza si fonda su quella *ratio* che poco dopo è vanificata affermando che il beneficio della collettività risiede nella riduzione della pressione sugli ospedali.

In questo modo la *ratio* dell'obbligo diventa ambulatoria: prevenzione del contagio, ai fini della valutazione della «rilevanza»; riduzione della pressione sugli ospedali, per quanto riguarda la «non manifesta infondatezza».

In realtà le contraddizioni del CGARS si spiegano perché il suo ragionamento è volto a giustificare (con riferimento all'efficacia del vaccino) un obbligo che risultava non più adeguato al raggiungimento dello scopo previsto. Per cui, quando ne ha invocato la *ratio* vera e propria (in virtù della quale lo studente era stato *escluso* dai corsi), non ha potuto che riferirsi a quella consolidata (protezione dei terzi); mentre, quando ha dovuto formulare la questione di costituzionalità ha piegato il ragionamento giuridico alla realtà fattuale, per 'giustificare' la coerenza di una disciplina che era venuta meno, come ho osservato in un precedente scritto,

³⁴ Ord. di rimessione del CGARS del 22 marzo 2022, punto 17.4.

³⁵ Cfr. punto 14.1. dell'ord. di rimessione del CGARS del 22 marzo 2022 ove si legge: 14.1. Il Collegio ritiene che i profili di ricorso volti a sostenere l'inapplicabilità agli studenti tirocinanti dell'obbligo vaccinale introdotto dall'art. 4 del d.l. n. 44/2021 siano infondati, «avuto riguardo [...] alla *ratio* della stessa, che è evidentemente quella di proteggere la salute dei pazienti».

per razionalità postuma³⁶. Così facendo, tuttavia, a farne le spese è l'impalcatura razionale su cui si è retto l'obbligo vaccinale, sin dalle sue più antiche applicazioni. Inoltre, il CGARS, modificando il presupposto di costituzionalità (dalla prevenzione del contagio alla prevenzione della malattia), priva di ogni senso la disciplina delle conseguenze derivanti dall'inadempimento dell'obbligo, che da draconiana diventa illogica. Nella misura in cui si è piegato il presupposto di costituzionalità al dato di fatto rappresentato dalla capacità di evitare (non il contagio) ma la pressione sugli ospedali, perché escludere il tirocinante dalla frequenza dei corsi? Non deriva, pertanto, da un caso, ma da un'esigenza logica, che quando il collegio ha motivato sulla rilevanza, abbia avvertito l'impossibilità di allontanarsi dalla *ratio* tradizionale. Non sarebbe stato possibile, infatti, giustificare l'*esclusione* del tirocinante dai corsi in base alla riduzione della pressione sugli ospedali (non avrebbe avuto alcun senso, anzi l'avrebbe aggravata): solo la tradizionale *ratio* dell'obbligo (la protezione dei terzi), non a caso richiamata in tale punto, può soccorrere.

Per non incorrere in tutte queste insanabili contraddizioni, esigenze di coerenza logica avrebbero imposto che, una volta preso atto dell'irraggiungibilità dello scopo dichiarato dal legislatore (prevenzione dal contagio), fosse stato proprio questo il punto su cui sollevare il dubbio di costituzionalità.

Pare opportuno incidentalmente osservare che la principale censura formulata dal CGARS era particolarmente debole, per come era stata impostata.

Come osservato, infatti, l'attenzione del collegio si è soffermata sulla sicurezza del vaccino con riferimento agli effetti avversi. Il CGARS ha formulato tale censura ponendo a fondamento del proprio dubbio i dati pubblicati dall'AIFA sugli effetti avversi. Tuttavia, non ha considerato che alla stessa autorità è attribuito il compito di farmacovigilanza, che comprende anche il potere di revoca dell'autorizzazione del farmaco in relazione ai relativi esiti. Potere di revoca che l'AIFA non aveva

³⁶ Cfr., sul punto, C. IANNELLO, *Oltre il Covid. Verso l'obbligo di cura per i sani?*, in *Diritti fondamentali*, 2022.

esercitato, segno evidente che, dalla sua prospettiva, il rapporto rischio beneficio, riscontrato in sede di autorizzazione, non fosse venuto meno.

Fondare il dubbio di costituzionalità sui dati che l'autorità competente riteneva comprovanti la sussistenza del rapporto rischio/beneficio, significava formulare una censura che aveva scarse possibilità di essere accolta. Si sarebbe solo dovuto auspicare che la Consulta si sostituisse all'autorità competente in un ambito che non le appartiene. Per avere qualche *chance* di successo in sede di giudizio di costituzionalità si sarebbero dovuti fornire dati medici di segno diverso³⁷.

Vale la pena sottolineare che anche con riferimento a tale censura il CGARS è entrato in una evidente contraddizione. Poco prima lo stesso collegio aveva, infatti, sposato i dati AIFA sul rapporto rischio beneficio del vaccino. Facendo leva su tali dati, il CGARS ha contestato le allegazioni della difesa che mettevano in dubbio proprio la correttezza della valutazione di tale rapporto³⁸. Il CGARS riteneva, pertanto, soddisfatto il rapporto rischio beneficio del vaccino, ma ha poco dopo formulato la sua censura di costituzionalità proprio facendo leva sull'assenza di tale rapporto.

Un'ordinanza più che contraddittoria.

Infine, sul punto, anche i motivi di diritto erano deboli, perché fondati su un principio ricavato dalla giurisprudenza costituzionale che, in realtà, in quei termini non era stato formulato. Secondo il CGARS, dalla pregressa giurisprudenza in materia si ricavava che l'imposizione dell'obbligo fosse esclusa ove le reazioni avverse avessero superato la normale tollerabilità, sicché un effetto grave avrebbe potuto verificarsi solo per caso fortuito (avrebbe dovuto essere imprevedibile). Tuttavia, la giurisprudenza anteriore si era formata su questioni sollevate in procedimenti promossi da chi aveva adempiuto l'obbligo riportando effetti collaterali gravi. In particolare, in Corte erano arrivate questioni sorte

³⁷ Una strada alternativa era la disposizione di un accertamento tecnico (ctu), anche per valutare la documentazione fornita dalla difesa.

³⁸ La questione relativa ai decessi causati dalla vaccinazione, sollevata dalla difesa, è stata scartata dal CGARS sulla base dei documenti ufficiali (AIFA e ISS). Cfr. il punto 17.1. e il punto 17.4. Nel solo punto 18.5 si introduce la questione della mortalità da vaccino, ma come sottostima degli effetti avversi dovuta alla farmacovigilanza passiva.

dall'applicazione della vaccinazione obbligatoria per la poliomielite³⁹ in cui i ricorrenti avevano contratto la malattia a causa della vaccinazione. Una conseguenza che era allo stesso tempo grave e prevedibile. Infatti, proprio ad un rischio «preventivabile in astratto» aveva fatto riferimento la sentenza n. 118/1996⁴⁰, quando definì le leggi in materia di vaccinazione «scelte tragiche del diritto»⁴¹. In tale circostanza, la Consulta accolse la richiesta del ricorrente e dichiarò l'illegittimità della legge nella parte in cui non gli riconosceva il diritto all'indennizzo (senza intaccare la costituzionalità della previsione dell'obbligo, non sottoposta alla sua attenzione).

Questo era, dunque, il groviglio che era arrivato sul tavolo del giudice costituzionale: una censura di costituzionalità debole sulla sicurezza (per come argomentata) e retta da una premessa capace di ribaltare la *ratio* dell'obbligo vaccinale.

La sentenza n. 14/2023 si è districata in questo groviglio riuscendo a tenere ferme due posizioni: ribadire la *ratio* consolidata dell'obbligo vaccinale e, allo stesso tempo, non accogliere la qlc, salvando la legge.

Per percorrere questa strada ha dovuto dare torto due volte al CGARS.

Una prima volta, sul ribaltamento del presupposto costituzionale su cui si era fondato il suo ragionamento volto a trasformare la prevenzione dal contagio in prevenzione dalla malattia. E questa era la strada più complicata, data la inidoneità dei vaccini a realizzare il fine di prevenzione dal contagio dichiarato come obiettivo, in più parti, dalla stessa legge impositiva dell'obbligo.

Una seconda volta, sulla questione degli effetti avversi; questa era la censura che richiedeva il minore sforzo interpretativo, per il modo in cui era stata proposta. È stato infatti sufficiente osservare che la pregressa giurisprudenza costituzionale

³⁹ Si tratta di Corte cost. n. 307/1990 e n. 118/1996.

⁴⁰ Cfr. Corte cost. n. 118/1996 per cui «La vaccinazione antipoliomielitica comporta infatti un rischio di contagio, preventivabile in astratto - perché statisticamente rilevato».

⁴¹ Entrambe le sentenze, di accoglimento, miravano ad ottenere l'indennizzo per il danneggiato. La stessa giurisprudenza sulle vaccinazioni raccomandate pone l'indennizzo, previsto in caso di obbligo, a carico della finanza pubblica, ricorrendo la medesima *ratio*: eseguite anche «per il conseguimento del fine generale di immunizzazione della collettività» (così Corte cost. n. 27/1998; n. 107/2012, 268/2017, n. 118 / 2020).

non avesse mai affermato che la legittimità dell'obbligo vaccinale fosse esclusa nel caso in cui il vaccino potesse produrre un effetto avverso che fosse allo stesso tempo grave e prevedibile. A questo scopo ha richiamato il precedente del 1996 in cui aveva affermato che l'evento grave era «prevedibile in astratto»⁴². Il rapporto rischio beneficio del vaccino, come osservato, non era stato infatti minimamente messo in discussione dal CGARS.

In questa sede interessa soprattutto la prima argomentazione.

Era davvero complicato per la Consulta quadrare il cerchio, cioè non accogliere il capovolgimento della *ratio* dell'obbligo vaccinale contenuto nell'ordinanza del CGARS e, allo stesso tempo, dichiarare non fondata la questione.

Ecco come ha motivato la Corte riuscendo a percorrere questo sentiero scosceso.

In diversi passaggi della motivazione⁴³, la Consulta ha ribadito che l'obbligo si giustifica in base alla funzione preventiva del contagio esplicita dal vaccino, come era, del resto, chiaramente affermato dalla legge. Ed è questa «la finalità della legge» più volte citata dalla sentenza. Lo scopo di impedire la diffusione del contagio era stato esplicitamente indicato nelle motivazioni dei d.l. e nella disciplina⁴⁴. La grave conseguenza dell'inadempimento dell'obbligo, l'allontanamento del non vaccinato dalle corsie di ospedale, con sospensione da lavoro e retribuzione, nelle intenzioni espresse dal legislatore del 2021, doveva servire proprio a proteggere la salute dei terzi, altrimenti questa limitazione sarebbe stata del tutto priva di senso, risultando discriminatoria.

Tuttavia, se in astratto era possibile affermare l'aderenza dell'impianto normativo a tale schema (era la stessa legge a dichiarare in più punti il suo obiettivo di prevenzione del contagio), il confronto con la *situazione di fatto* diventava lo scoglio

⁴² Cfr. Corte Cost. n. 118/1996, punto 4.

⁴³ Corte Cost. n. 14/2023, punti 10.2 in fine, 11, 12.2.

⁴⁴ La capacità di determinare il «contenimento della diffusione del virus» e la difesa «delle categorie più fragili» danno vita alle motivazioni citate nel preambolo del d.l. 44/2021. Tale finalità è poi ribadita nelle disposizioni: il comma 1 dell'art. 4, d.l. n. 44/2021 dispone che, «al fine di tutelare la salute pubblica», gli esercenti delle professioni sanitarie «sono obbligati a sottoporsi a vaccinazione gratuita per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2». Anche l'ultimo d.l. in materia, il n. 1/2022, rubrica il suo art. 1 : «Estensione dell'obbligo vaccinale per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2».

problematico da superare, perché era oramai un dato della comune esperienza che i vaccinati si infettavano, indipendentemente cioè dai dati statistici e dagli studi medici, che tale dato confermavano⁴⁵.

La soluzione cui è ricorso il giudice costituzionale è stata quella di confrontare il dato normativo non con la situazione di fatto sotto i propri occhi, bensì con le informazioni di cui disponeva il legislatore «al momento» in cui ha scritto una legge che dichiarava di avere come finalità da perseguire proprio la prevenzione dell'infezione da Sars-Cov-2.

È per questo motivo che in numerosissimi passaggi la sentenza ribadisce questo spostamento del fattore temporale dal momento della decisione a due anni prima, cioè febbraio-aprile 2021⁴⁶:

Questa è la funzione degli innumerevoli riferimenti: «*a quel momento storico*»; «*in quella situazione data*»; «risultanze scientifiche *disponibili* in merito all'efficacia e alla sicurezza dei vaccini»; «*al momento* dell'introduzione dell'obbligo»⁴⁷; il «sindacato riguarda la coerenza della disciplina con il dato scientifico posto *a disposizione*»⁴⁸; «alla luce delle conoscenze raggiunte *in quel momento storico*»⁴⁹; poco oltre, nel medesimo punto del considerato, «rispetto alle conoscenze medico-scientifiche *del momento*»⁵⁰; poche righe oltre, di nuovo, «del momento»⁵¹; «dato medico-scientifico posto *a disposizione* dalle autorità di settore»⁵², ecc.⁵³.

Un altro aspetto singolare della motivazione è il ricorrente riferimento *transitorietà* della disciplina⁵⁴ da cui la Consulta ha ricavato addirittura un argomento a

⁴⁵ Il riferimento è ai dati dei bollettini dell'ISS e di equivalenti autorità pubbliche di altri paesi.

⁴⁶ Corte Cost. n. 14/2023, punto 6. Febbraio e marzo-aprile 2021 sono i riferimenti temporali citati quando riferisce dati medici.

⁴⁷ Corte Cost. n. 14/2023, punto 7.

⁴⁸ Ibidem, punto 8.1.

⁴⁹ Ibidem, punto 8.2.

⁵⁰ Ivi.

⁵¹ Ivi.

⁵² Corte Cost. n. 5/2018, punto 9. La questione si riferisce ai rapporti tra scienza e diritto, su cui cfr. Corte Cost. n. 282/2002; n. 151/2009; Corte Cost. n. 164/2014. In questi casi, la Consulta ha affermato, invero, la sussistenza di un *limite* invalicabile per il legislatore nella *relazione terapeutica* (Corte Cost. n. 282/2002, punto 4).

⁵³ Corte Cost. n. 14/2022, punti 11. e 12.1.

⁵⁴ Ibidem, punto 8.2.

sostegno della legittimità della legge. L'intervenuta abrogazione della disciplina oggetto del giudizio di costituzionalità (con il d.l. n. 162/2022 che ha anticipato il rientro in corsia dei sanitari sospesi poco prima della pronuncia della Consulta) è diventata così un (originale) argomento a *conferma* della sua legittimità.

La Consulta scrive, infatti, che la «transitorietà della disciplina», è uno degli «*elementi che incidono sulla verifica della legittimità costituzionale della normativa*», portando a conferma di tale affermazione proprio la circostanza che il rientro dei sanitari sospesi fosse stato «*anticipato [...] al 1° novembre 2022*»⁵⁵.(corsivi miei).

Sfidando il principio *iura novit curia*, del resto, la stessa Presidenza del Consiglio⁵⁶ si era premurata di depositare una memoria per far presente alla Consulta l'abrogazione.

La Consulta ha cercato di collegare questa argomentazione al precedente rappresentato dalla sentenza n. 5/2018 sul d.l. n. 73/2017.

In tale decisione, in effetti, vi è un riferimento alla «dinamica evolutiva propria delle conoscenze mediche che debbono sorreggere le scelte normative in campo sanitario»⁵⁷. Nell'economia di tale decisione, il riferimento alla modificabilità della disciplina non assumeva affatto una funzione giustificativa dell'imposizione dell'obbligo, ma era una mera constatazione: il legislatore avrebbe potuto modificare la disciplina al mutare delle conoscenze. Tali conoscenze, però, in questo come negli altri precedenti, non erano mutate. Fra il tempo della legge impositiva dell'obbligo e quello della decisione della Corte nessuna nuova acquisizione medica vi era stata⁵⁸.

In sintesi, come chiarito dalla Consulta, «il sindacato richiesto a questa Corte presuppone di verificare se *il legislatore* – utilizzando il dato medico-scientifico posto *a disposizione* dalle autorità di settore – si sia mantenuto in un'area di “attendibilità scientifica” e se abbia assunto una decisione non irragionevole

⁵⁵ Corte Cost. n. 14/2023, punto 8.2.

⁵⁶ Ibidem, punto 2.4.

⁵⁷ Corte Cost. n. 5/2018, punto 8.2.5.

⁵⁸ Anche il modo in cui la Consulta ha superato lo scenario Omicron è degno di nota. Cfr. Corte cost. n. 14/2023, punto 10.2.

nonché idonea e non sproporzionata *rispetto alla finalità perseguita*⁵⁹, cioè la prevenzione dell'infezione.

Insomma, il giudice costituzionale ha 'giustificato' l'operato del legislatore del 2021 perché aveva espressamente dichiarato nella legge impositiva dell'obbligo che la *finalità perseguita* era la *prevenzione* dell'infezione e perché si è calato indietro nel tempo, cioè «in quel momento storico» in cui è stata scritta la disciplina sull'obbligo: le informazioni *allora* disponibili lasciavano ipotizzare che la vaccinazione fosse strumento idoneo per prevenire la diffusione del virus («la *finalità perseguita*» dal legislatore, richiamata dalla Consulta, non può che essere quella dichiarata dallo stesso legislatore nel testo del d.l. 44/2021).

Solo ragionando in tal modo la Corte è riuscita a ribadire che il d.l. 44/2021 era coerente con il presupposto di costituzionalità dell'obbligo vaccinale, rappresentando dalla tutela della salute pubblica (prevenzione dell'infezione).

Letta *a contrario*, la motivazione della sentenza n. 14/2023 conferma che ove le informazioni provenienti dalle autorità del settore avessero *escluso* l'efficacia preveniva del contagio, l'imposizione dell'obbligo sarebbe stata del tutto al di fuori del modello di cui all'art. 32 Cost.

È come se la Consulta, più che accertare la conformità della legge con la Costituzione, avesse giustificato *l'operato* del legislatore, ritenendolo adeguato in base alle informazioni di cui disponeva: «*in quel momento storico*» era possibile considerarlo «[...] non sproporzionato e non irragionevole».

Non a caso Marilisa D'Amico, in un convegno sul tema, ha testualmente affermato: «del tema dell'obbligo la Corte si occupa, in particolare, nelle sentenze 14 15 e 16, in qualche modo, *assolvendo il legislatore*»⁶⁰.

In conclusione, l'operazione è riuscita, ma il paziente è morto. Infatti, la razionalità dell'obbligo è conservata, ma il ricorrente non ha visto tutelate le sue posizioni giuridiche. Se dalle informazioni disponibili pareva che questa funzione di

⁵⁹ Corte Cost. n. 14/2023, punto 9.

⁶⁰ Presiedendo il convegno «Gli obblighi di vaccinazione davanti alla Corte costituzionale» svoltosi a Milano il 13 marzo. Cfr. il seguente link (4'55''): <https://www.radioradicale.it/scheda/692576/gli-obblighi-di-vaccinazione-davanti-alla-corte-costituzionale>.

protezione potesse realizzarsi, con le informazioni di cui disponiamo oggi è, invece, facile escludere che un guarito dal Covid, poco importa se vaccinato o meno, potesse rappresentare un pericolo per la salute pubblica. La sua esclusione dal tirocinio (ossia la compromissione del suo diritto allo studio) non ha protetto nessun bene giuridico⁶¹.

L'auspicio è che in futuro si faccia una valutazione più ponderata delle informazioni disponibili.

5. La *ratio* dell'obbligo è la prevenzione dal contagio, ma si scorgono rischi per il futuro.

Come si desume dall'esame della recente giurisprudenza costituzionale, resta ribadita la consolidata *ratio* dell'obbligo vaccinale individuata nella funzione di protezione dei terzi, cioè il tradizionale *presupposto* di ogni legge impositiva di vaccinazioni.

Resta, pertanto, destituito di ogni fondamento costituzionale il ragionamento svolto dal CGARS che intendeva sostituire tale presupposto con uno affatto diverso: la idoneità del vaccino di agire sulle forme gravi della malattia.

Così ragionando, infatti, si scivola su un piano diverso, quello delle cure, che non solo non possono che essere individuali e volontarie⁶², ma che sono costituzionalmente *riservate* alla relazione terapeutica e alla discrezionalità del medico nella singolarità di tale relazione.

La cura è strutturalmente incompatibile con l'obbligo, necessitando, al contrario, di una valutazione individualizzata ed è, inoltre, *riservata*, secondo l'insegnamento

⁶¹ Cfr. punto 17. 2. dell'ord. di rinvio che richiama le «argomentazioni sviluppate dall'appellante (la vaccinazione sarebbe inutile, non impedendo al vaccinato di contagiarsi e contagiare)».

⁶² La cura, anche salvavita, è rifiutabile. Figuriamoci una terapia volta a prevenire il rischio di una patologia, la cui (eventuale) evoluzione in forme gravi è condizionata da età e pregresse condizioni di salute.

della Corte, alla relazione terapeutica⁶³, la cui autonomia rappresenta un limite per lo stesso legislatore.

La riserva cui ha sempre fatto riferimento la Consulta in questioni di carattere medico, non è affatto rispetto a una astratta scienza (che non esiste come entità unitaria ma come comunità plurale di ricercatori in continuo confronto dialettico), quanto piuttosto alla discrezionalità del medico che, nella relazione terapeutica, è il solo che può consigliare o sconsigliare terapie al paziente.

Tanto è affermato nella sentenza n. 282/2002 e ribadito nella sentenza Corte Cost. n. 151/2009: la legge in tema di fecondazione assistita non poteva interferire nella relazione terapeutica, indicando al medico come operare. In tale occasione, la Consulta ha riaffermato che tale relazione terapeutica è costituzionalmente riservata «alla discrezionalità del medico»; è il medico, infatti, secondo il Giudice delle leggi, «il depositario del sapere tecnico del caso concreto»⁶⁴

Non ci sono solo ragioni giuridiche che si oppongono a un obbligo vaccinale volto ad evitare le *forme gravi* di una malattia, ma anche logiche. Una preoccupazione del genere non si rivolge nei confronti della popolazione generale, ma solo della *popolazione a rischio di forme gravi*. Non ha senso, pertanto, un obbligo che si dirige a tutti o anche a categorie di lavoratori (che comprendono giovani, adulti, anziani, sani e soggetti con precedenti patologie).

Del resto, ragionando come il CGARS, nessun limite sarebbe più opponibile a una legge impositiva di un trattamento sanitario. La stessa disfunzione del SSN, la sua disorganizzazione o il suo definanziamento, rendendo gli ospedali incapaci di fornire cure adeguate, potrebbero diventare condizioni legittimanti un obbligo.

Se questo fosse il presupposto di costituzionalità, non vi sarebbe più un parametro *oggettivo* su cui fondarle con buona pace dello stesso controllo di costituzionalità⁶⁵.

⁶³ Cfr. Corte Cost. n. 282/2002, punto 4.

⁶⁴ Cfr. Corte Cost. n. 151/2009. Cfr. D. MORANA, *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del titolo V*, in *Giur. Cost.*, 2002, 2034 ss.; L. VIOLINI, *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare*, ivi, 1450 ss.

⁶⁵ Una cosa, infatti, è il dato *oggettivo* della capacità di produrre un effetto diretto sulla salute pubblica come la prevenzione dal contagio, altra cosa sarebbe la valutazione –*soggettiva* e opinabile – del carico sopportato, in un dato momento, dal SSN (quando? quando in cui il

Solo l'interpretazione consolidata e corretta della *ratio* dell'obbligo vaccinale permette il razionale controllo del potere legislativo, da parte del giudice costituzionale e dell'opinione pubblica.

Vale allora la pena di spendere qualche parola su tale *ratio*.

Un ordinamento liberal-democratico è perfettamente coerente con l'assenza di obblighi vaccinali. Se non c'è obbligo, infatti, non si comprime alcuna libertà individuale. Nel clima dei mesi passati si era creata una sorta di pensiero schematico che contrapponeva all'obbligo vaccinale il suo opposto, ossia un surreale divieto di vaccinazione; un pensiero entrato anche in qualche decisione dei tribunali⁶⁶. Ovviamente non è così. Negli ordinamenti che seguono questo principio di libertà (cito, per tutti, la Spagna), confermato anche in occasione dell'epidemia da Sars-Cov-2, la vaccinazione si configura come una pratica terapeutica, eventualmente raccomandata, ma lasciata alla libera scelta individuale (spesso, con tassi di vaccinazione che superano quelli dei paesi in cui vi è l'obbligo, come la stessa esperienza Covid della Spagna dimostra).

Al contrario, in un ordinamento liberal-democratico è l'imposizione dell'obbligo che deve essere razionalmente giustificata, in quanto comprime la libertà di disporre del proprio corpo con riferimento alle cure mediche, libertà più profonda della libertà personale. Non si tratta infatti della libertà di utilizzare il corpo per la realizzazione dei più svariati fini (tutelata dal tradizionale *habeas corpus*), bensì della libertà di impedire un'intrusione *nel* proprio corpo, che, come affermato dalla Consulta, «va oltre la stessa libertà personale»⁶⁷. Non è un caso che l'art. 32 Cost. preveda solo per tale libertà, oltre alla garanzia formale (la riserva di legge, posta a presidio della stessa libertà personale) anche una garanzia sostanziale, individuata nel «rispetto della persona umana».

servizio è saturo? in quale percentuale? oppure occorre fare riferimento alla *previsione* di modelli matematici?).

⁶⁶ Come avevo osservato nell'introduzione al mio *L'interpretatio abrogans dell'art. 32 Cost.*, citando Trib. di Rovereto (sent. 57/2022).

⁶⁷ Corte Cost. n. 238/1996.

Un (contro) limite che si rivolge alla legge, argine invalicabile dal potere⁶⁸.

Questo è il motivo per cui un trattamento sanitario può essere imposto purché vi sia un *doppio* «beneficio»: uno per la collettività rappresentato *esclusivamente* dalla tutela della salute pubblica (non di altri interessi pubblici), e un altro, per la salute dell'individuo che si sottopone al trattamento⁶⁹. Si deve rilevare la profonda differenza rispetto alle restrizioni della libertà personale, che può essere prevista dalla legge per la tutela di *diversi* interessi pubblici e che non comporta alcun beneficio (perlomeno diretto) per il soggetto che ne viene privato.

La tutela della salute pubblica è, dunque, *presupposto* di costituzionalità, integrando il fondamento di ogni politica di obbligo vaccinale. *Solo* la tutela *diretta* della salute pubblica legittima la compressione della libertà di cura. Si tratta di un *requisito* che è allo stesso tempo *presupposto* di costituzionalità: solo se un trattamento sanitario è in grado di apportare un beneficio per la tutela della salute pubblica (dei terzi), può essere reso obbligatorio⁷⁰, a condizione, ovviamente, che siano integrati gli altri requisiti. Su tale aspetto la posizione della dottrina è unanime⁷¹ e concorda con la giurisprudenza, costituzionale⁷², CEDU⁷³, amministrativa⁷⁴.

⁶⁸ Cfr. Corte Cost. n. 282/2002 per cui la pratica terapeutica è un «limite invalicabile anche ai trattamenti sanitari che possono essere imposti per legge come obbligatori a tutela della salute pubblica».

⁶⁹ Cfr. sul punto, F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, in *Dir. e Soc.*, 1982, 303 ss.; S. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Dir. e Soc.*, 1979, 900 ss.; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Torino, 2018; C. IANNELLO, *Salute e libertà*, Napoli, 2020, 133 e ss.

⁷⁰ Come affermato da Corte Cost. n. 307/1990, la costituzionalità dei trattamenti sanitari obbligatori risulta subordinata al fatto che il trattamento sia diretto «anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale».

⁷¹ Cfr. V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, cit., 562. Osserva S. PANUNZIO, *Vaccinazioni*, in *Enc. giur.*, Roma, 1994, 2 che «allorquando è in gioco solo la salute del singolo — senza alcuna incidenza diretta su quella di terzi — questi non può essere obbligato a vaccinarsi». Solo per la «tutela della salute dell'insieme degli altri consociati» scrive D. MORANA, *ult. op. cit.*, 43. S. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, cit., 1979, 904. Cfr. L. PRINCIPATO, *Obbligo di vaccinazione, "potestà" genitoriale e tutela del minore*, in *Giur. Cost.*, 2017, 3139. M. PLUTINO, *Le vaccinazioni. Una frontiera mobile del concetto di "diritto fondamentale"*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2017, 8.

⁷² Cfr. Corte cost. n. 5/2018; Corte cost. 268/2017, punto 7.2, in cui chiarisce che «la dimensione collettiva» della salute consiste nell'impedire «l'eventuale contagio fra i soggetti

Il principio solidaristico (che regge l'obbligo e la 'sanzione' correlata al suo inadempimento, cioè l'esclusione da una attività della vita sociale) in tanto entra in gioco in quanto si realizzi questo effetto di protezione dei terzi. In sua assenza, l'obbligo, da svolgimento del principio di solidarietà, finirebbe per integrare il suo opposto: una discriminazione.

La questione dell'efficacia del vaccino per la tutela della salute pubblica, dunque, avrebbe dovuto assorbire tutte le altre⁷⁵. È stato un pericoloso errore sottoporre al giudice costituzionale un ragionamento che poneva le premesse per ribaltare la *ratio* dell'obbligo vaccinale⁷⁶.

Pericolo che può considerarsi superato solo per il momento, perché molti indici lasciano intravedere che la motivazione del CGARS non rappresentasse un caso isolato.⁷⁷ Quanto piuttosto lo specchio di una tendenza in atto, volta a rimodulare il concetto di salute, per ricondurlo alle tinte del dovere assunte nel nostro passato.

Si legge, infatti, in un documento recente dell'OMS, del 30 maggio 2022, su etica e trattamenti sanitari obbligatori⁷⁸: «Mandatory vaccination should be considered only if it is necessary for, and proportionate to, the achievement of one or more important *societal or institutional objectives* (typically but *not exclusively public health objectives*, which may also be in service of *social and economic objectives*). Among others, such objectives may include interrupting chains of viral transmission, preventing morbidity and mortality, protecting at-risk populations and preserving the capacity of acute health care systems or other critical infrastructure».

non a rischio e quelli a rischio e contribuendo in tal modo anche alla protezione di coloro che non possono ricorrere alla vaccinazione».

⁷³ CEDU, Grande Camera, 8 aprile 2021, punti 272 e 306.

⁷⁴ Cons. St., n. 7045/2021, punto 27.9, in cui afferma che il vaccino in questione determina la «sostanziale esclusione di qualsivoglia patogenicità nei vaccinati». Si ricorda, a tale proposito, il chiarissimo parere Cons. St.i, Commissione speciale, n. 2065/2017.

⁷⁵ Lasciando sullo sfondo anche quella relativa alla compatibilità tra autorizzazione condizionata e obbligo, che pure era stata sollevata. Cfr. A. MANGIA, *Un raffinato esempio di distinguishing*, cit. 42.

⁷⁶ La riduzione della «pressione sugli ospedali» come surrogato del beneficio per la collettività; argomento del dibattito di quei giorni che si ritrova anche in TAR Lazio, I, n. 2813/2022; Trib. di Rovereto, sez. lav., n. 57/2022.

⁷⁷ Cfr. TAR Lazio, I, 11.3.2022, n. 2813, punto 11.5.

⁷⁸ <https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-Policy-brief-Mandatory-vaccination-2022.1>

Insomma, la tendenza in atto è volta ad ampliare l'ambito di operatività delle politiche di obbligo vaccinale al di là del loro tradizionale ambito di applicazione, portandole così, tuttavia, *oltre* la loro razionale (e costituzionale) giustificazione. Fondare tali politiche su «obiettivi sociali ed economici» produrrebbe uno stravolgimento della razionalità cui gli obblighi di vaccinazione sono stati tradizionalmente legati⁷⁹ nonché dello stesso art. 32 Cost. Ci si dovrebbe vaccinare non per tutelare la salute dei terzi, ma perché mantenersi in buono stato di salute diventerebbe un *dovere* giuridicamente sanzionabile. In questo senso pare stia andando anche la modifica del regolamento sanitario OMS, in cui i riferimenti alla dignità umana e alle libertà fondamentali, contenuti nel testo in vigore, sono oggetto di emendamenti soppressivi⁸⁰.

Calata nel contesto dell'obbligo vaccinale per la prevenzione dal Sars-Cov-2, questa inedita (ir)razionalità, come osservato, *implode*. In assenza dell'idoneità del vaccino a prevenire il contagio, su quale ragione giustificativa si dovrebbe ancorare la sospensione di quel personale medico e infermieristico che dovrebbe garantire proprio funzionalità del SSN da cui sono allontanati?

Il CGARS e lo stesso OMS, argomentando in questo modo, si involgono in *contraddizioni insuperabili*. Le stesse in cui si imbatte *obiter dictum* della sentenza n. 15/2023⁸¹: se lo scopo della vaccinazione non fosse la prevenzione dal contagio, ma dalla forma grave della malattia, quale sarebbe la giustificazione *logica* della sospensione di quei lavoratori che non solo non mettono in pericolo i pazienti ma addirittura garantiscono la funzionalità del SSN?

6. Una postilla sulle ordinanze in discussione il 23 e il 24 maggio

⁷⁹ Tale aspetto è pacifico in dottrina. Cfr. D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, cit., 39: «saranno soltanto le ragioni legate alla salute collettiva a poter abilitare un intervento limitativo della libertà di salute del singolo» per cui «la sua limitazione potrà avvenire – nel rispetto delle ulteriori garanzie stabilite dall'art. 32 Cost. – soltanto per perseguire la finalità dell'interesse della collettività alla salute (collettiva), e non già per ulteriori generiche ragioni di interesse pubblico selezionate di volta in volta dal legislatore».

⁸⁰ <https://brownstone.org/articles/amendments-who-ihr-annotated-guide/>

⁸¹ Cfr. Corte Cost. n. 15/2023, punto 11.3.

Come osservato, la Consulta deve pronunciarsi su altre qlc in tema.

Il Tribunale di Genova⁸², fornito di giurisdizione, ne ha promosso una assimilabile a quella dichiarata inammissibile dalla sentenza n. 16/2023.

Il caso riguarda la sospensione dall'albo dei chimici di un direttore di un laboratorio di analisi anti-inquinamento che non aveva contatto con pazienti. Il Tribunale, poiché la legge non consente di valutare il concreto rischio di contagio (che vi sia o meno contatto con i pazienti), ha sollevato la qlc, invocando la violazione di una pluralità di parametri (artt. 3, 4, 36 Cost.).

Se tale questione ha sullo sfondo la condizione di guarito dal Covid 19, essa è parte dell'iter argomentativo dell'ordinanza del Tribunale di Padova⁸³, perché si lega al vizio sollevato: violazione della riserva di legge⁸⁴, sancita dall'art. 32, II co. Cost. (assoluta o relativa che sia). Il Tribunale dubita che tale garanzia sia rispettata perché la disposizione censurata ha attribuito un ampio potere alle circolari ministeriali nella determinazione del contenuto dell'obbligo: in via generale (per tutti gli obbligati) e con riferimento alla *vaccinazione dei guariti*. Situazione che rileva nel giudizio *a quo* e, quindi, in quello costituzionale.

Secondo il Tribunale di Padova è stata delegata alle circolari «la disciplina delle indicazioni e dei termini della vaccinazione cui sono obbligati gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario, in generale ed *anche nel caso di intervenuta guarigione dal virus*». I commi 1 e 5 dell'art. 4 del d.l. n. 44 hanno rimandato alle circolari la definizione «indicazioni» e dei «termini» della vaccinazione, delegando così in bianco, al potere amministrativo, aspetti essenziali della disciplina.

Proprio la questione relativa alla vaccinazione dei guariti ne è prova.

La disciplina delle «indicazioni» e dei «termini delle vaccinazioni» e la disciplina dei differimenti della vaccinazione per il caso di guarigione, sono aspetti centrali del contenuto dell'obbligo. In tal modo, il Ministro esercita un potere

⁸² Ord. n. 135/2022.

⁸³ Ord. n. 136/2022.

⁸⁴ Sulla garanzia della riserva di legge cfr. Corte cost. n. 25/2023.

regolamentare con una circolare, al di fuori delle procedure che reggono la normazione secondaria, che prevede qualche vaglio di legittimità (ad esempio, il P.d.R. emana i regolamenti, non le circolari).

Una fonte atipica di carattere amministrativo determina i contenuti dell'obbligo.

La questione è degna di interesse perché lega l'argomento giuridico con uno medico.

Il tema vaccinazione dei *guariti*, infatti, dovrebbe indurre a interrogarsi sui dati medici che asseverano la sussistenza di un *apprezzabile* vantaggio per la tutela della salute pubblica dall'imposizione loro *dell'obbligo*.

La questione non riguarda il beneficio individuale proveniente dalla vaccinazione dei guariti (scelta volontaria), ma la sussistenza di un beneficio per la salute dei terzi determinato dalla loro vaccinazione. Tale vantaggio dovrebbe essere così rilevante da giustificare una compressione dell'autodeterminazione terapeutica tanto forte da determinare la sospensione dall'albo.

Anche a voler rimanere coerenti con l'artificio escogitato dalle sentenze n. 14 e n. 15/2023, le evidenze mediche di cui il legislatore disponeva *al tempo* della decisione avrebbero dovuto avvalorare un apprezzabile vantaggio della vaccinazione dei guariti per la salute pubblica, cioè la *finalità perseguita* (prevenzione dal contagio) dalla legge, per utilizzare le parole della sentenza n. 14/2023.

Un'asimmetria istituzionale storicamente consolidata: le funzioni prefettizie del Presidente della Regione Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste

di
Roberto Louvin*

Sommario: 1. Premessa: l'asimmetria come portato storico. - 2. Un *unicum* nel quadro statale ed europeo. - 3. Fonti formali e continuità d'esercizio. - 4. Tra attacchi striscianti e aperte contestazioni. - 5. L'intervento stabilizzatore della Corte costituzionale. - 6. Uno spettro ampio di funzioni delegate e decentrate. - 7. Il raccordo con la Questura e i rapporti con gli altri uffici dello Stato. - 8. Funzionalità e limiti di un modello difficilmente esportabile. - 9. Una valutazione generale. - 10. Spunti conclusivi.

1. Premessa: l'asimmetria come portato storico

Vi sono situazioni di rilevante asimmetria interna ancora inesplorate nell'ordinamento italiano che denotano un'elevata differenziazione istituzionale nei territori ad autonomia speciale¹. In questo scritto, si attirare l'attenzione su una regione in cui le funzioni statali di rappresentanza del governo centrale e di coordinamento delle forze dell'ordine, oltre a numerosi altri compiti riconducibili alla figura del Prefetto, sono da sempre svolte da un organo della Regione autonoma Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste.

Si tratta di un caso unico nell'ordinamento statale e di una formula raramente utilizzata anche nel quadro di altri ordinamenti europei. Questa strutturazione è

* Professore Associato, Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali – Università di Trieste.

¹ Tra i più recenti contributi sull'autonomia regionale valdostana: G.F. FERRARI, *Valle d'Aosta*, in *Le Regioni*, 5/2011, 877 ss.; A. MASTROPAOLO, *Specialità e asimmetrie: la Regione Valle d'Aosta*, in *Astrid Rassegna*, n. 1, 2012 e A. POGGI., A. MASTROPAOLO, *Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste. La specialità della Valle d'Aosta tra fatto e norma*, in *Le Regioni*, 6/2017, 1165 ss.

stata a lungo confinata in un cono d'ombra, anche in relazione alla scarsa visibilità generale dell'azione prefettizia nel quadro del sistema delle autonomie² e pochi sono i riferimenti a questa figura nelle trattazioni del diritto regionale. Il profilo sobrio di chi svolge professionalmente l'azione prefettoriale e le sue rare esternazioni, ad eccezione di alcune situazioni emergenziali e di rilevante tensione sociale, mantiene l'organo titolare della prefettura distante dalla luce dei riflettori. Perfino nelle specifiche trattazioni dell'ordinamento regionale della Valle d'Aosta si rinvengono rari approfondimenti di questo crisma della specialità³.

Originariamente connesso ad una situazione di estrema tensione prodotta dalle tensioni annessionistiche esplose alla fine del secondo conflitto mondiale⁴, la formula di delega della rappresentanza del Governo nazionale ad un organo locale individuata dal Governo italiano nel cosiddetto Pre-Statuto del 1945⁵ si è dimostrata congeniale all'instaurazione di un duraturo rapporto collaborativo che ha dimostrato di poter superare le molteplici controversie insorte nel tempo.

Dopo aver ricostruito la trama normativa di questa delegazione permanente di poteri che ha fatto recentemente oggetto di un'ampia ricerca di approfondimento⁶, preciseremo gli effetti positivi svolti dall'intervento della Corte costituzionale che ha tracciato in via definitiva la cornice procedurale entro la quale ricondurre le future evoluzioni di questo istituto. Tenendo conto della particolarità di questo assetto, difficilmente esportabile *sic et simpliciter* presso la generalità di altri contesti

² Sull'istituto prefettizio nell'ordinamento repubblicano: C. MOSCA, *Il prefetto e l'unità nazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016. Approfondisce il ruolo svolto dal corpo prefettizio nei tempi attuali anche F. CONO, *Oltre la prefettura: il prefetto riserva della Repubblica*, ESI, Napoli, 2021.

³ Almeno fino alle più recenti e approfondite ricostruzioni: cfr E. ALBANESI, *Il governo regionale*, in P. COSTANZO, R. LOUVIN, L. TRUCCO (cur.), *Lineamenti di Diritto costituzionale della Regione Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste*, Giappichelli, Torino, 2020, 167-195.

⁴ Ricostruite, in diverse prospettive, da M. LENGÉREAU, *Une sécession manquée*, Musumeci, Aosta, 1984, e A. DÉSANDRÉ, *Sotto il segno del Leone. Genesi dell'autonomia valdostana fra forze locali e poteri centrali (1945-1949)*, Musumeci, Aosta, 2015.

⁵ Per cui rinviamo a E. ROTELLI-E. VITTA, *L'autonomia regionale della Valle d'Aosta. Profili storici e giuridici*, Giappichelli, Torino, 1973; R. ARTAZ, *Il decreto legislativo luogotenenziale 7 settembre 1945, n. 545 e disposizioni collegate*, Fondazione Courmayeur, Quart, 1995, con introduzione di A. PREDIERI, *All'inizio dell'autonomia della Valle d'Aosta*, e D. ROCCA (cur.), *I decreti luogotenenziali del 1945*, Stylos, Aosta, 2007.

⁶ R. LOUVIN (cur.), *Studio sulla funzione prefettizia del Presidente della Regione Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste*, Torino, Giappichelli, 2002.

regionali, riteniamo che, oltre ad una miglior conoscenza di questo frammento della specialità regionale, il suo studio possa offrire spunti di miglioramento nei rapporti tra lo Stato e le regioni anche laddove queste funzioni siano oggi interamente trattenute dall'autorità statale

2. Un *unicum* nel quadro statale ed europeo

Prima ancora dell'entrata in vigore dello Statuto speciale⁷ era stata conferita la funzione prefettizia ad un organo elettivo regionale della Circoscrizione amministrativa autonoma Valle d'Aosta, e più precisamente al Presidente del Consiglio della Valle, organo che si sarebbe poi sdoppiato tra le figure del Presidente della giunta regionale (rappresentante della Regione e capo dell'esecutivo) e del Presidente del Consiglio regionale (vertice dell'assemblea legislativa).

Questa configurazione fu conferita alla Circoscrizione autonoma quando il suo territorio era ancora sotto il controllo del governo militare alleato. La conferma di questa 'liberalità' delle autorità italiane sorprese non poco le rappresentanze diplomatiche francesi che seguivano con attenzione il rispetto da parte italiana delle garanzie nei confronti della minoranza francofona⁸. L'istituzione prefettizia nella Valle non aveva radici profonde, essendovi stata solo una sottoprefettura nel periodo in cui la Regione era ricompresa nella provincia di Torino, poi elevata al pieno rango prefettizio in occasione dell'istituzione ad opera di Mussolini della Provincia di Aosta nel 1927.

L'avversione nei confronti dei prefetti di nomina governativa da parte della popolazione valdostana, soprattutto in conseguenza della politicizzazione della funzione prefettizia come *longa manus* del regime fascista e della sua gestione

⁷ L. cost. 26 febbraio 1948, n. 4.

⁸ Secondo le fonti d'archivio: *cfr* Relazione dell'Ambasciatore di Francia al Ministro degli Affari esteri del 29 febbraio 1948, Cartella MAEF Europe, 1944/1970, dossier 94, 66.

autoritaria sotto la Repubblica sociale italiana⁹, ha condotto a prefigurare un ordinamento autonomo dai forti connotati di *self government* in cui la funzione di rappresentanza del governo potesse essere svolta da un organo locale¹⁰. Ciò è avvenuto per effetto del d.lgs.lgt. n. 545 del 7 settembre 1945, contestualmente alla soppressione della Provincia di Aosta e all'istituzione della Circostrizione – in seguito Regione – autonoma per effetto di quella che alcuni studiosi hanno definito una 'suggerione elvetica', come se questo schema organizzativo, estraneo al modello generale praticato nel sistema regionale italiano, potesse avere tratto ispirazione dall'assetto cantonale svizzero. In verità, i poteri esercitati, in Svizzera, dai cantoni sono differenti e più consistenti. Nel Canton Vallese confinante con la Valle d'Aosta il compito di mantenere l'ordine pubblico, disporre delle forze di polizia e militari del Cantone e esercitare i poteri straordinari in caso di pericolo è affidato in via esclusiva all'esecutivo cantonale (*Conseil d'Etat du Valais*), con il solo obbligo di comunicare immediatamente al proprio organo legislativo cantonale (*Grand Conseil du Valais*) i provvedimenti adottati¹¹.

Oltre al timore delle reazioni locali, anche la consapevolezza di poter consegnare in quel preciso frangente questo rilevante potere a un soggetto fidato, il Prof. Federico Chabod, aveva rafforzato nelle autorità centrali la convinzione che di poter fare a meno di un soggetto estraneo al contesto locale e proveniente dal corpo prefettizio nazionale. Negli anni 1946-1948 spirava, oltretutto, un vento contrario al mantenimento della stessa funzione prefettizia a livello nazionale e l'aperto contrasto insorto all'interno dell'Assemblea costituente lasciò impregiudicata la questione e l'Assemblea, al termine dei propri lavori, decise "di non decidere"

⁹ Su questi antefatti: T. OMEZZOLI, *Prefetti e fascismo nella provincia d'Aosta, 1926-1945*, Le Château, Aosta, 1999.

¹⁰ Questo rapporto è stato ritenuto tipico esempio di *self-government* all'inglese, con attribuzione di funzioni statali ad organi elettivi locali. Questa tesi risalente agli anni Settanta e ancora sostenuta da R. BARBAGALLO, *La Regione Valle d'Aosta*, 7a ed., Giuffrè, Milano, 2002, 10, si richiama ad una nozione di autogoverno risalente agli anni Cinquanta: M. CANTUCCI, *Autogoverno*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1957, 1556. Di diverso avviso è invece A. PREDIERI, *All'inizio dell'autonomia della Valle d'Aosta ... cit.*, p. 5. che la riconduce alla nozione di vera e propria autonomia.

¹¹ Const. Canton du Valais, art. 56: «*Le Conseil d'Etat assure l'ordre public et dispose à cette fin des forces policières et militaires du canton. Il exerce les pouvoirs extraordinaires en cas de danger grave et imminent, en avisant immédiatement le Grand Conseil des mesures qu'il prend*».

riguardo al mantenimento o meno nell'ordinamento repubblicano dell'organo prefettizio così fortemente contestato, rinviando la questione alla legislazione ordinaria successiva¹².

Questo spiega perché non fu riportato nello Statuto riguardo il richiamo nominale alla figura prefettizia, ma fu solo ribadita, al termine di uno spigoloso dibattito in Assemblea, la devoluzione a favore della Valle di questi poteri, con riferimento ai singoli aspetti di queste funzioni.

3. Fonti formali e continuità d'esercizio

La principale fonte normativa di questa originale figura bicefala, spesso qualificata come 'Giano bifronte', dell'organo presidenziale regionale - titolare di rappresentanza sia statale che regionale - è il già ricordato d.lgs.lgt. 545/1945 che all'art. 4 assegna all'organo apicale dell'istituzione regionale i compiti di esecuzione delle deliberazioni del Consiglio e di rappresentanza della Circoscrizione autonoma, stabilendo che «Ad esso spettano tutte le attribuzioni che le leggi vigenti conferiscono al prefetto e al presidente della deputazione provinciale, in quanto non rientrino nella competenza del Consiglio della Valle». Il Presidente riveste dunque un triplice ordine di funzioni: regionali, statali (prefettizie) e provinciali¹³.

Il decreto luogotenenziale conteneva un'ulteriore disposizione riguardo al mantenimento dell'ordine pubblico, a cui avrebbe dovuto provvedere il Consiglio della Valle, a mezzo di reparti di polizia dello Stato e di reparti di polizia locale, secondo le direttive del Governo verso il quale era responsabile. Questo compito sarà riassegnato, nel successivo Statuto, al solo organo monocratico presidenziale.

¹² Il contrasto era tale che, come nota Guido Melis, i Costituenti non riuscirono alla fine a definire «un modello amministrativo, diverso da quello fondato sul modello gerarchico ministeriale, sul centralismo come garanzia dell'unità nazionale, sulla continuità degli uomini e della cultura amministrativa»: G. MELIS, *La pubblica amministrazione*, in M. DE NICOLÒ (cur.), *Costituente, Costituzione, riforme costituzionali*, Il Mulino, Bologna, 1988, 58.

¹³ E. ALBANESI, *Il governo regionale ... cit.*, pp. 67-182.

Il disegno innovativo di questo assetto autonomistico era decisamente innovativo. Nel territorio regionale non avrebbero dovuto operare in parallelo organi statali e regionali: la Circoscrizione (poi Regione) autonoma avrebbe dovuto costituire l'unico ente amministrativo di riferimento per la maggior parte dei servizi pubblici statali, regionali e provinciali erogati, con la sola eccezione di quelli contenuti nel nucleo centrale dei poteri dello Stato (la difesa e la giustizia) che la dottrina rubrica sotto la denominazione di *fonctions régaliennes*. In conseguenza di questa impostazione furono operati, già a metà degli anni Quaranta, alcuni fondamentali trasferimenti di personale statale e di servizi in precedenza demandati ad enti ed uffici dipendenti dallo Stato operanti su scala provinciale¹⁴. Di capitale importanza fu anche l'assegnazione alla Circoscrizione autonoma delle attribuzioni altrove spettanti alle Sovrintendenze alle antichità e belle arti e al soppresso Provveditorato provinciale agli studi di Aosta, i cui servizi vennero demandati alla neo-istituita Sovrintendenza agli studi per la Valle d'Aosta¹⁵.

Lo Statuto speciale non ha riprodotto, riguardo ai compiti prefettizi, la formula esplicita usata nel decreto luogotenenziale, per cui si evince solo implicitamente la conferma della loro attribuzione al Presidente della Valle d'Aosta¹⁶ attraverso la puntuale ripresa delle specifiche attribuzioni che si ricollegano a tale funzione.

Il Presidente della Regione - che è «organo della Regione»¹⁷ e non anche organo dello Stato - opera con particolari funzioni nel quadro dei rapporti fra lo Stato e la Regione e «per delegazione del Governo della Repubblica provvede al mantenimento dell'ordine pubblico, secondo le disposizioni del Governo, verso il

¹⁴ Tra essi l'Ufficio sanitario provinciale, l'Ispettorato provinciale dell'agricoltura, il Comando gruppo del corpo delle foreste, l'Ufficio provinciale del commercio e dell'industria, il Comitato provinciale di assistenza e di beneficenza pubblica, il Consorzio provinciale antitubercolare, l'Ente provinciale per il turismo e la Camera di commercio, industria ed agricoltura. Questi servizi sono stati assunti dalla Circoscrizione autonoma ex art. 12 del d.lgs.lgt. n. 545 del 1945, dalla Valle d'Aosta affinché vi provvedesse con propri uffici e personale.

¹⁵ Per effetto del D.lgs.c.p.s. 23 dicembre 1946, n. 532, art. 1 e 5 e del D.lgs.c.p.s. 11 novembre 1946, n. 365, art. 8.

¹⁶ Denominazione introdotta i dall'art. 2, c. 1, lett. a), della l. cost. 31 gennaio 2001, n. 2.

¹⁷ Stat. Spec., art. 15, c. 1.

quale è responsabile, mediante reparti di polizia dello Stato e di polizia locale»¹⁸. Lo stesso Presidente dirige inoltre le funzioni amministrative delegate dallo Stato alla Regione, conformandosi alle istruzioni del Governo, verso il quale è responsabile¹⁹. Il raccordo del Presidente della Valle con le istanze governative, in esclusiva rappresentanza degli interessi della Valle, è rafforzato dall'obbligo di convocarlo per le sedute del Consiglio dei ministri «quando si trattano questioni che riguardano particolarmente la Regione»²⁰.

Lo Statuto ha individuato tre distinti ordini di competenze in capo al vertice regionale, avendo riguardo all'origine di tali compiti, classificabili in tre tipi: funzioni proprie, funzioni delegate e funzioni decentrate²¹. Per lo svolgimento delle funzioni prefettizie non è richiesto uno specifico giuramento di fedeltà: attesa la necessaria appartenenza del Presidente al Consiglio regionale e alla luce della sua speciale funzione di raccordo tra i due livelli di governo, si è ritenuta sufficiente la prestazione del giuramento prescritto al momento dell'assunzione della carica di consigliere²².

L'ordinamento della funzione prefettizia in Valle d'Aosta ha trovato conferma e applicazione a mezzo della particolare fonte normativa delle 'norme d'attuazione'. Singolari e anomale sono state quelle emanate nei primi decenni dell'autonomia²³,

¹⁸ Stat. spec., art. 44, c. 1. È però previsto che in casi eccezionali, ove lo richieda la sicurezza dello Stato, sia lo stesso governo ad assumere direttamente la tutela dell'ordine pubblico.

¹⁹ Ivi, art. 44, c. 2. In virtù di delegazione del Presidente della Repubblica, allo stesso Presidente della Regione competerebbe anche di istituire, previa deliberazione della Giunta, gli uffici di conciliazione nei comuni della Valle e di provvedere a nomina dei giudici conciliatori (Stat. Spec., art. 41), ma questi compiti sono cessati per effetto dell'istituzione degli uffici del giudice di pace (l. 21 novembre, 1991, n. 374). La compressione di questo ruolo statutario di autogoverno per effetto di legge di rango ordinario, benché avallato dalla Corte costituzionale, ha sollevato dubbi interpretativi: G. FADEL, *L'istituzione del giudice di pace al vaglio della Corte costituzionale dal punto di vista delle prerogative statutarie di due Regioni: una frattura veramente necessaria rispetto alla tematica del giudice conciliatore?*, in *Giur. it.*, 1994, 392 ss.

²⁰ Stat. spec., art. 44, c. 3.

²¹ E. ALBANESI, *Il governo regionale ... cit.*, 167-169.

²² «I consiglieri regionali prima di essere ammessi all'esercizio delle loro funzioni, prestano giuramento di essere fedeli alla Repubblica e di esercitare il loro ufficio al solo scopo del bene inseparabile dello Stato e della Regione autonoma della Valle d'Aosta» (Stat. spec. art. 23).

²³ Esempio di 'auto-assunzione' di competenze da parte della Regione è la l.r. 15 maggio 1953, n. 1, che attribuiva al Presidente della Giunta regionale le competenze demandate a livello nazionale ai prefetti. Questa forma di assunzione di competenza è stata censurata dalla Corte costituzionale con la sent. n. 76 del 1963.

mentre più conforme ai principi generali è stato l'intervento che ha consentito, per legge ordinaria, il trasferimento alla Regione degli immobili statali già destinati a sede dell'ex Prefettura di Aosta²⁴.

La funzione prefettizia del Presidente è stata poi ribadita dal principale atto di trasferimento di poteri amministrativi alla Regione, la l. n. 196 del 1978, che ha delegato alla Regione Valle d'Aosta le competenze riguardanti il riconoscimento e l'acquisizione della personalità giuridica da parte delle persone giuridiche private²⁵. Dal tenore di un'altra disposizione contenuta in questa legge, in cui si precisa che «Resta ferma, altresì, la competenza del presidente della giunta regionale della Valle d'Aosta per quanto concerne le attribuzioni che nel rimanente territorio nazionale spettano, in materia di segretari comunali, ai prefetti delle rispettive provincie»²⁶, si deduce che la regola della devoluzione della attribuzione prefettizia è a tutti gli effetti operante. Numerose altre norme hanno poi confermato l'impostazione tendente alla regionalizzazione degli uffici altrove statali²⁷.

L'unica norma d'attuazione in tema di poteri prefettizi emanata in base alla procedura oggi prescritta ex art. 48 bis dello Statuto per l'elaborazione di queste norme è il d.lgs. n. 45 del 2015, in virtù del quale è stata espressa la riserva per cui «Restano ferme le rispettive competenze del Ministero dell'interno e del Presidente della regione nell'esercizio delle sue funzioni prefettizie in materia di contrasto alle infiltrazioni malavitose negli organi elettivi degli enti locali e le ipotesi di sospensione, incandidabilità e decadenza dalle cariche elettive disciplinati dal decreto legislativo 31 dicembre 2012, n. 235»²⁸. Evidenti altri segni di conferma delle attribuzioni prefettizie si trovano anche in forma derogatoria rispetto all'allocazione ordinaria dei poteri a favore dei titolari di prefetture²⁹.

²⁴ l. 14 agosto 1971, n. 907, art. 1.

²⁵ L. 16 maggio 1978, n. 196, art. 42. Tale potere è stato successivamente confermato e ampliato dal d.p.r. n. 182 del 1982.

²⁶ L. n. 196/1978, art. 58, c. 2.

²⁷ Tra questi vanno annoverati il d.lgs. 10 aprile 2001, n. 183, il d.lgs. 26 ottobre 2010, n. 192 e il d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 13.

²⁸ D.lgs. n. 45 del 2015, art. 1, c. 4.

²⁹ Il d.l. 26 ottobre 1970, n. 745, art. 16 disponeva che «La concessione (per l'esercizio di impianti di distribuzione di carburanti per uso di autotrazione, n.d.r.) ... viene rilasciata dal prefetto

Nel corso degli anni Ottanta la legislazione statale ha mantenuto questa linearità³⁰, con esempi di notevole sinergia fra il Ministero dell'interno e la Regione Valle d'Aosta come quello che individua nel Presidente della giunta regionale il soggetto deputato a curare «il coordinamento e l'unità di indirizzo amministrativo-contabile delle attività dei vari uffici di amministrazione e contabilità degli organi periferici dell'Amministrazione della pubblica sicurezza»³¹.

4. Tra attacchi striscianti e aperte contestazioni

Dal quadro tracciato finora potrebbe desumersi una perfetta corrispondenza di vedute tra organi statali e regionali in relazione a questo assetto devolutivo. La realtà è però ben diversa e un'analisi più approfondita rivela profonde fratture e scontri sotterranei, alternati a periodi di effettiva e leale cooperazione. I momenti di crisi più acuta si sono registrati ciclicamente, a circa vent'anni di distanza uno dall'altro.

Il primo episodio in controtendenza rispetto all'apertura devolutiva si è registrato già nel 1946, quando il Presidente della Valle, Federico Chabod, si dimise per motivi di salute. In quella circostanza, in via del tutto riservata, stesso Chabod invitò la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Ministero degli interni ad interrompere l'intenso scambio informativo di quegli anni - in altri termini, l'esercizio della funzione di *intelligence* caratteristico dell'organo prefettizio - suggerendo che non si facesse più affidamento, in futuro, per questo compito sul suo successore *in pectore* che lo aveva fortemente avversato capeggiando durante il suo mandato il fronte che perseguiva l'ottenimento di una garanzia internazionale sull'autonomia regionale.

competente per territorio e, per la Valle d'Aosta, dal Presidente della Giunta regionale ...». Dello stesso tenore erano anche il D.P.R. n. 1269 del 1971.

³⁰ Come nel caso dei compiti in materia sociale assegnati al Presidente della Regione dalla l. n. 763 del 1981 in ordine al riconoscimento della qualifica di profugo: «Per le province di Trento e Bolzano provvedono i rispettivi commissari del Governo e per la Valle d'Aosta il presidente della Giunta regionale»: Il Presidente della Regione è qui posto sullo stesso piano dei commissari del governo delle province autonome.

³¹ D.P.R. n. 417 del 1992.

Chabod suggerì di utilizzare, come canale informativo, la figura del Presidente della Commissione di coordinamento, organo di estrazione prefettizia già istituito dal decreto luogotenenziale del 1945 a scopo di controllo amministrativo. Questo funzionario nominato dal Ministero degli interni – tendenzialmente ma non necessariamente un Prefetto - avrebbe dovuto limitare la propria azione al solo controllo sulle leggi regionali, ma nei fatti svolse a lungo una penetrante azione di *intelligence* operando per molti decenni, in via riservatissima, una stretta sorveglianza sulle persone che svolgevano attività al vertice delle istituzioni della Regione – veri e propri ‘osservati speciali’ – e sulle tensioni politiche e sociali del territorio, talora addirittura istigando azioni volte a reprimere le tendenze maggiormente radicali dell’autonomismo locale.

Un secondo momento di tensione si è registrato all’epoca della crisi istituzionale nota con il nome di “crisi del fil di ferro”³². Uno scontro istituzionale particolarmente aspro portò allora alla nomina da parte del Presidente del Consiglio Aldo Moro di un prefetto in qualità di commissario *ad acta*, per la convocazione di una seduta del Consiglio della Valle, non potendosi ovviamente ricorrere – in presenza di uno scontro diretto proprio nei confronti del Presidente della Regione – all’esercizio di questo compito commissariale da parte dell’organo di vertice della Valle. Parallelamente, in quegli stessi mesi, fu il Presidente della Commissione di coordinamento dell’epoca, il Prefetto Mario Castellucci, a tentare un affondo che mirava ad azzerare la competenza prefettizia svolta dall’organo regionale.

Sostenendo che lo Statuto del 1948 avrebbe avuto un effetto abrogativo del decreto luogotenenziale e che sarebbe così venuto meno il riconoscimento generale della funzione prefettizia alla Regione, sulla base di una singolare interpretazione di *obiter dictum* contenuto in un precedente giurisprudenziale della Corte

³² Ci si riferisce ad una complessa vicenda avvenuta nel 1966 in relazione ad un traumatico cambio di maggioranza dalla giunta di autonomista e di sinistra (c.d. coalizione “del Leone”) alla prima maggioranza di centro-sinistra.

costituzionale³³, il Prefetto Castellucci reclamava il ripristino dell'istituto prefettizio nella Regione e la sua 'parificazione' alle altre regioni a statuto autonomo³⁴. In un suo scritto, pubblicato su una rivista giuridica nazionale, è palpabile l'avversione nei confronti degli istituti autonomistici; la sottoscrizione dell'articolo con la qualifica esplicita di "Prefetto-Presidente della Commissione di coordinamento per la Valle d'Aosta" (anteponendo la qualifica di Prefetto a quella di Presidente della Commissione di coordinamento, come se la seconda fosse derivata dalla prima) palesa l'intento di rivendicare proprio per il Presidente della Commissione di coordinamento le attribuzioni di cui si discute.

Dopo un ventennio di apparente quiete, la devoluzione delle funzioni prefettizie era nuovamente messa in discussione, all'inizio degli anni Novanta, sebbene questa volta in maniera più surrettizia. La strategia governativa puntava di nuovo ad assegnare determinate nuove competenze, anziché al Presidente della Regione, proprio al Presidente della Commissione di coordinamento. Appare chiaro il disegno governativo di "depotenziare" la Presidenza della Regione, favorendo la crescita competenziale dell'organo di controllo che però, di lì a poco, avrebbe totalmente perso la propria ragion d'essere per effetto della l. cost. n. 3 del 2001.

Un evidente segnale in questa tecnica senso si manifestava con il mancato conferimento al Presidente della Regione dei compiti di accertamento della sussistenza di eventuali cause di sospensione dei mandati elettivi e di notifica del relativo provvedimento agli organi politici collegiali che hanno convalidato l'elezione o deliberato la nomina. Si dispone che « Per la regione siciliana e la regione Valle d'Aosta le competenze del commissario del Governo sono esercitate, rispettivamente, dal commissario dello Stato e dal presidente della commissione di coordinamento »³⁵. Un ulteriore "colpo di mano" era poi messo in atto in tema di riconoscimento delle persone giuridiche, disponendosi che «I compiti spettanti in

³³ Sent. Corte cost. n. 40 del 1961, che però non disconosceva l'esistenza dei poteri prefettizi del Presidente, ma ricordava incidentalmente che "la materia della tutela dell'ordine pubblico è di spettanza dello Stato". La «spettanza allo Stato» non impedisce ovviamente che la funzione possa essere esercitata, dal Presidente della Regione.

³⁴ M. CASTELLUCCI, *Carenza della funzione del prefetto nella regione della Valle d'Aosta*, in *Comuni d'Italia*, 2, 1966.

³⁵ L. 19 marzo 1990, n. 55, art. 15, c. 4-ter.

base alle disposizioni del presente regolamento al prefetto e alle prefetture si intendono riferiti, per le province autonome di Trento e di Bolzano ai commissari di governo e ai rispettivi uffici, e per la regione Valle d'Aosta al presidente della commissione di coordinamento e al suo ufficio»³⁶. Il contrasto con la normativa attuativa dello Statuto speciale era evidentissimo e alla Regione non restava che impugnare la norma ottenendo, nel 2003, una fondamentale ed esemplare pronuncia della Corte costituzionale.

5. L'intervento stabilizzatore della Corte costituzionale

La Corte costituzionale ha messo fine a questa erosione della competenza prefettizia dell'organo regionale dichiarando che "non spetta allo Stato, e per esso al Governo, stabilire con regolamento che i compiti spettanti in base alle disposizioni del regolamento medesimo al prefetto e alle prefetture sono riferiti, per la Regione Valle d'Aosta, al presidente della commissione di coordinamento e al suo ufficio, anziché al Presidente della Regione»³⁷.

La sentenza, sopravvenuta all'indomani dell'entrata in vigore della riforma del Titolo V della Costituzione abolitiva del sistema dei controlli sulle leggi regionali che aveva privato il Presidente della Commissione di Coordinamento delle sue funzioni originarie, ha rimesso le cose in chiaro e posto fine ai ripetuti tentativi di minare alla base il sistema devolutivo, ribadendo l'esistenza di una «posizione prefettizia che, globalmente considerata, non pare suscettibile di soppressione nella sua totalità»³⁸.

Questa sentenza stabilisce un punto fermo, una sorta di *backstop* che impedisce arretramenti unilaterali dello Stato e convoglia i possibili cambiamenti futuri nell'alveo della procedura prescritta per l'adozione delle norme di attuazione ex

³⁶ D.p.r. n. 361 del 2000.

³⁷ Co. Cost., sent. 16 gennaio 2003, n. 38.

³⁸ R. LOUVIN, *La Valle d'Aosta. Genesis, attualità e prospettive di un ordinamento autonomo*, Musumeci, Aosta, 1997, 65. Di diverso avviso E. GIZZI, *Regione Valle d'Aosta*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 439, nt. 21, che riteneva tale posizione comprimibile in quanto priva di copertura costituzionale.

art. 48-bis dello Statuto speciale, facendone oggetto di necessaria condivisione tra le autorità statali e regionali. Malgrado ciò, il rafforzamento del sistema di prevenzione e di repressione della corruzione, avviato negli anni Novanta ha riproposto per l'ennesima volta la questione dell'esercizio di compiti di natura prefettizia, portando lo Stato a stabilire che i provvedimenti disposti dal Presidente del Consiglio dei Ministri per la sospensione e la pronuncia della decadenza di diritto per incandidabilità alle cariche elettive regionali siano notificati « a cura del prefetto del capoluogo della Regione, al competente consiglio regionale per l'adozione dei conseguenti adempimenti di legge. Per la regione siciliana e la regione Valle d'Aosta le competenze di cui al presente articolo sono esercitate, rispettivamente, dal commissario dello Stato e dal presidente della commissione di coordinamento»³⁹.

La reviviscenza funzionale del Presidente della Commissione di coordinamento evidenziava il permanere della volontà ministeriale di tenere in vita funzioni prefettizie in capo ad un organo ormai privo di attribuzioni, ma probabilmente avvertito dell'apparato ministeriale come presenza simbolicamente necessaria in quel territorio. Questa volta, il ripristino del modello originario è avvenuto per il tramite di una norma di attuazione chiarificatrice che ha definitivamente posto fine alla nomina ministeriale di prefetti in veste di presidenti della commissione di coordinamento, tenendo «ferme le rispettive competenze del Ministero dell'interno e del Presidente della regione nell'esercizio delle sue funzioni prefettizie in materia di contrasto alle infiltrazioni malavitose negli organi elettivi degli enti locali e le ipotesi di sospensione, incandidabilità e decadenza dalle cariche elettive ...»⁴⁰.

Questa norma d'attuazione riconduce dunque di nuovo inequivocabilmente ad una attribuzione delle funzioni repressive altrove svolte dai prefetti in capo al Presidente della Regione. Al tempo stesso, l'espressione "le rispettive competenze" consente di sciogliere il nodo teorico di una possibile notifica di cui sia destinatario lo stesso capo dell'esecutivo regionale. In questo caso, come opportunamente

³⁹ D.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235.

⁴⁰ D.lgs. n. 45 del 2015, art. 1, c. 4.

osservato, competerebbe allo stesso Ministro degli interni significare il contenuto del provvedimento al rappresentante della Regione⁴¹.

6. Uno spettro molto ampio di funzioni delegate e decentrate

L'espletamento dell'azione prefettizia da parte del Presidente della Regione investe diversi ambiti e si dispiega all'interno di quattro macro-aree riguardanti rispettivamente 1) rappresentanza del Governo e relazioni con il sistema delle autonomie; 2) gestione dell'ordine pubblico, della sicurezza pubblica e protezione civile 3); polizia amministrativa, interventi socio-economici e trasporti, protezione sociale, diritti dei cittadini e migrazione; 4) funzioni elettorali e anagrafiche.

Le modalità di attuazione di questa delega permanente sono state ricostruite per la prima volta attraverso uno studio minuzioso che restituisce puntualmente tutta la vastità di questi compiti⁴². Nel rinviare il lettore a questo volume per ulteriori approfondimenti, sembra qui utile evidenziare solo due aspetti amministrativi di grande rilievo, riguardanti rispettivamente l'organizzazione interna regionale per il coordinamento di queste funzioni tramite dell'Ufficio di Gabinetto e il relazionamento esterno sviluppato nel corso degli anni nei riguardi del principale operatore tecnico con cui costantemente si raccorda l'autorità prefettizia, ossia la Questura.

L'esercizio della delega prefettoriale ha preso forma allorquando è stata creata la Circoscrizione autonoma con il trasferimento di un piccolo nucleo tecnico-amministrativo che già prestava servizio presso la prefettura statale aostana nel regime precedente. Insieme al personale, la circoscrizione autonoma ha ereditato anche l'impianto archivistico strutturato nel corso dei quindici anni di vita della

⁴¹ Secondo E. ALBANESI, *Il governo regionale ...*, cit., 182, "In base ad un'interpretazione sistematica della normativa (...) sembra potersi concludere nel senso che con riguardo alla Valle d'Aosta, in questo caso, debba essere il Ministro dell'interno a procedere alla notifica".

⁴² R. LOUVIN (cur.), *Studio sulla funzione prefettizia ...* cit.

prefettura aostana⁴³, scelta che ha evitato rotture nella memoria storica, oltre che rispetto all'esperienza amministrativa pregressa.

Il perno e nucleo ordinatore dell'intera funzione prefettizia, per i necessari raccordi amministrativi, è costituito dall'Ufficio di Gabinetto, la cui azione si esplica prioritariamente nel supportare il Presidente della Regione nella cura e nel coordinamento delle attribuzioni prefettizie, ed in modo particolare di quelle riguardanti la rappresentanza istituzionale, l'ordine e la sicurezza pubblica⁴⁴. L'azione dell'ufficio di gabinetto del Presidente della regione è considerata sostanzialmente estranea alla logica della stretta fiduciarità politica, ragion per cui essa rimane anche spesso sottratta allo *spoil system* praticato per il complesso della dirigenza regionale⁴⁵.

Il coordinamento relativo all'ordine e alla sicurezza pubblica, nel delicato raccordo tra diverse professionalità e responsabilità (Presidenza della Regione, Questura, Carabinieri, Guardia di Finanza, Corpo Forestale e Comuni valdostani) è operato attraverso il Comitato per l'ordine e la sicurezza pubblica (C.O.S.P.) che il Presidente della Regione presiede nella sua veste prefettizia⁴⁶ e a cui prendono spesso parte, in virtù delle particolarità dell'ordinamento valdostano, anche il Comandante del Corpo Forestale della Valle d'Aosta⁴⁷ e il Presidente del Consiglio Permanente degli Enti Locali (CPEL) in rappresentanza dei Sindaci dei Comuni

⁴³ Questo impianto è stato mantenuto sostanzialmente immutato fino al 1997. L. OPERTI, *Continuité archivistique et discontinuité politico-culturelle dans la phase de la fondation de la Région autonome de la Vallée d'Aoste*, in *Arbido*, 5, 2004, 28 nota che «l'on avait tout simplement procédé à une opération de "lifting" en modifiant ce qu'il y avait de trop "fasciste" ou de trop daté»: dopo la rottura politica e amministrativa del 1945 si sono mantenute tradizioni e pratiche archivistiche molto radicate.

⁴⁴ Funzioni derivate minori, sempre nell'interesse dell'azione prefettizia, si rinvengono fra quelle assegnate all'Avvocatura regionale, alla Segreteria particolare del Presidente della Regione e all'Ufficio Stampa.

⁴⁵ Esempio è lo svolgimento delle funzioni da parte dell'attuale titolare dell'ufficio che ha diretto il Gabinetto per oltre 22 anni, al servizio di ben 10 diversi presidenti.

⁴⁶ L. 1^o aprile 1981 n. 121, art. 20.

⁴⁷ Il Corpo Forestale della Valle d'Aosta non è stato interessato, come nel resto d'Italia, dalla soppressione del Corpo Forestale dello Stato e dalla sua incorporazione nell'arma dei Carabinieri.

della Regione. In una forma analoga si tengono anche tutte le riunioni che hanno valenza di “Conferenza permanente” previste dalla normativa vigente⁴⁸.

L’Ufficio di Gabinetto è il tramite esclusivo dei rapporti con le Forze di Polizia, a cui assicura il sostegno strumentale, finanziario e logistico della Regione per le diverse esigenze rappresentate, e con le Forze Armate. Nell’ampio novero dei compiti assegnati all’Ufficio di Gabinetto figura anche la gestione delle competenze “antimafia”, in sinergia con la locale Questura⁴⁹. Di particolare interesse, in questo settore, vi sono le attività di accesso ai cantieri finalizzato a prevenire infiltrazioni mafiose nei pubblici appalti per le quali il Presidente della Regione si avvale dei Gruppi Interforze istituiti nell’ambito della sorveglianza delle grandi opere⁵⁰.

L’esercizio delegato della funzione prefettizia determina, per la Protezione civile, un assetto tecnico-burocratico compatto nella gestione della sala operativa regionale attiva in Valle d’Aosta che velocizza il flusso di raccolta e scambio delle informazioni con il Dipartimento della protezione civile, un flusso che si sviluppa direttamente all’interno dell’ente attraverso la collaborazione tra gli attori principali del sistema regionale di protezione civile.

Quanto alle altre funzioni, i compiti tecnici per il loro esercizio sono distribuiti tra diversi organi, a partire dalla Segreteria generale della Regione (per le responsabilità relative alla prevenzione della corruzione e i procedimenti per il riconoscimento della personalità giuridica di diritto privato di associazioni e fondazioni). Nel suo ambito operano l’Osservatorio economico e sociale⁵¹ e la Struttura enti locali (per la vigilanza sugli enti locali e sull’Agenzia regionale per la gestione dei segretari degli enti locali, per le funzioni ispettive prefettizie in materia anagrafica, demografica e di stato civile, per le pratiche di cambio del nome o cognome, i rapporti con il Consiglio permanente degli enti locali equivalente ai Consigli delle Autonomie locali delle regioni a statuto ordinario, per gli

⁴⁸ D.p.r. 17 maggio 2001, n. 287 e D.p.r. 3 aprile 2006, n. 180.

⁴⁹ Con l’unica eccezione della competenza per la documentazione antimafia, assegnata alla Questura.

⁵⁰ D.lgs. n. 159 del 2011, art. 93 D.m. 14 marzo 2003.

⁵¹ L.r. n. 10 del 2 marzo 2010, assolve nell’ambito del Sistema statistico nazionale (SISTAN) i compiti al di ufficio di statistica della Regione e di ufficio di statistica prefettizio, anche come Osservatorio regionale del mercato del lavoro.

adempimenti in materia di polizia locale e la toponomastica). In un territorio di ridotte dimensioni risulta funzionale la concentrazione in un unico servizio regional-prefettizio dei compiti in materia elettorale, come la sovrintendenza allo svolgimento delle consultazioni elettorali e referendarie statali e regionali, l'organizzazione delle consultazioni elettorali e referendarie e la vigilanza sui servizi elettorali dei comuni.

Un terzo corposo blocco di funzioni fa capo al Dipartimento legislativo e aiuti di Stato e riguarda le sanzioni amministrative (in materia di guida di autoveicoli⁵² e di attività bancarie)⁵³ e gli affari generali di prefettura (ricorsi gerarchici contro gli atti del Questore, compiti riguardanti armi ed esplosivi, polizia amministrativa, immigrazione e pratiche di cittadinanza, affari di culto, scioperi, procedure conciliative nei servizi pubblici essenziali, beni confiscati alla criminalità organizzata, patenti di servizio e qualifica di agente di pubblica sicurezza agli addetti alla polizia locale).

Il quarto e ultimo blocco di competenze si concentra nel Dipartimento di Protezione civile e Vigili del fuoco che supporta il Presidente nella cura e nel coordinamento delle attribuzioni prefettizie inerenti la protezione e la difesa civile⁵⁴. In questo campo, la Regione può svolgere un'efficace azione unitaria di collegamento anche con organizzazioni e associazioni internazionali operanti nel settore e in stretto rapporto con il Soccorso Alpino Valdostano⁵⁵, rendendo efficiente la rete di cooperazione transfrontaliera e interregionale⁵⁶. L'avvenuta

⁵² Potendo anche disporre di personale bilingue in relazione all'elevato numero di veicoli provenienti dai paesi francofoni confinanti.

⁵³ A seguito della l. n. 689 del 1981.

⁵⁴ In risposta alle emergenze per rischi industriali, per l'esercizio dei trafori internazionali e la ricerca delle persone scomparse.

⁵⁵ Il Soccorso alpino valdostano (l.r. 11 agosto 1975, n. 39, art. 11) è ente di diritto privato, che assolve un servizio pubblico ed è sottoposto alla vigilanza della Regione (l.r. 17 aprile 2007, n. 5, art. 2).

⁵⁶ La Regione ha stipulato convenzioni di mutuo soccorso con il Canton Vallese e con la prefettura dell'Alta Savoia.

regionalizzazione del Corpo dei vigili del fuoco completa il quadro di questo modello compatto a protezione delle persone e del territorio⁵⁷.

Sono da ricordare infine alcuni servizi specialistici e talune strutture di supporto anch'esse attinenti a funzioni prefettizi. Si provvede mediante strutture regionali (e non statali) all'erogazione di prestazioni economiche continuative (come i benefici per combattenti ed equiparati) e agli adempimenti prefettizi relativi alle tossicodipendenze, nonché alle tutele dei minori⁵⁸, tra cui i minori stranieri non accompagnati. Sono pure assunti in sede regionale, tramite il Dipartimento trasporti e mobilità sostenibile, i provvedimenti ordinari e straordinari per la circolazione di quasi tutte le categorie di utenti sulle strade, comprese le autorizzazioni in deroga per la circolazione di trasporti speciali ed eccezionali e per la circolazione festiva, ai sensi del Codice della Strada e la facoltà di sospendere temporaneamente (in conformità alle direttive del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti) la circolazione.

Una notazione finale va riservata alle attività di gioco che si svolgono presso il Casino di Saint-Vincent, istituito nel 1946 proprio sulla scorta dei poteri prefettizi riconosciuti dal d.lgs.lgt. n. 545 del 1945⁵⁹. Le funzioni relative alla casa da gioco sono però riconducibili alla competenza prefettizia unicamente per quanto riguarda i profili di ordine e sicurezza pubblica⁶⁰.

7. Il raccordo con la Questura e i rapporti con gli altri uffici dello Stato

La Questura di Aosta - ufficio del Ministero dell'Interno che esercita le sue funzioni nel territorio della Regione Valle d'Aosta/*Vallée d'Aoste* - ha assunto compiti speciali rispetto agli omologhi uffici del restante territorio nazionale in relazione alle

⁵⁷ Funzioni trasferite alla Regione dalla l. n. 196 del 1978 (art. 19) e attuate con l.r. 19 marzo 1999, n. 7: il Corpo valdostano dei vigili del fuoco/*Corps Valdôtain des Sapeurs-Pompiers* è equiparato al Corpo nazionale dei vigili del fuoco.

⁵⁸ L.r. n. 1 del 2002, allegato A), punto 4, lett. k).

⁵⁹ Il Decreto del Presidente Chabod fu ratificato dal Consiglio della Valle il 17 ottobre 1946.

⁶⁰ Sulla genesi e lo sviluppo costituzionale ed amministrativo dell'attività di gioco in Valle d'Aosta: P. LUCAT, *La Casa da gioco di Saint-Vincent*, in P. COSTANZO-R. LOUVIN-L. TRUCCO (cur.), *Lineamenti ...*, cit., 442-444.

particolarità dell'ordinamento regionale. Oltre al mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica, assolve alcuni compiti tecnici di valenza amministrativa derivati da altre funzioni prefettizie (licenze di porto d'armi, rilascio dei passaporti, pratiche in tema di migrazione extracomunitari, Daspo ...) ⁶¹. Profili che meritano attenzione sono la produzione e il rilascio della certificazione antimafia, occasione di potenziamento operativo della locale Questura per l'iscrizione delle imprese nella c.d. *White list*, elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori non soggetti ad infiltrazione mafiosa ⁶². Per regolamentare i poteri di accesso ai cantieri, compito spettante al Prefetto per prevenire infiltrazioni mafiose nei pubblici appalti, la Presidenza della Regione ha opportunamente conferito al Questore un'apposita delega per consentire ai Gruppi Interforze di essere direttamente convocati e coordinati dal Questore per gli accessi presso i cantieri di opere pubbliche, garantendo così trasparenza in operazioni che vedono la stessa Regione in funzione di stazione appaltante ⁶³.

I rapporti della Presidenza, nella sua funzione prefettizia, con gli altri uffici dello Stato di cui il Presidente dovrebbe assumere il costante coordinamento (in particolare l'Agenzia delle entrate e l'Agenzia del Territorio), pur improntati alla massima collaborazione, non portano ad esercitare un vero e proprio "indirizzo". Va ricordato, al riguardo, che l'art. 13 dello Statuto speciale prescrive che gli uffici finanziari dello Stato nella Regione comunichino, ai fini dell'accertamento delle imposte dirette erariali, alla Giunta regionale la lista dei contribuenti domiciliati nella Valle che possiedono redditi tassabili al loro nome mediante ruolo; gli stessi uffici finanziari sono inoltre tenuti a riferire alla Giunta i provvedimenti adottati in base alle indicazioni ricevute dalla stessa. Siamo però di fronte a competenza regionale propria e assegnata alla Giunta, non riconducibile al ruolo prefettizio. Un coordinamento tra la norma statutaria (in gran parte depotenziata rispetto alla sua

⁶¹ Per una dettagliata ricognizione: R. LOUVIN (cur.), *Studio sulla funzione prefettizia ...* cit. 97-101.

⁶² L. n. 936 del 1982, art. 3, ult. c. e, da ultimo, dalla l. n. 190 del 2012.

⁶³ Determinazione assunta in accordo con il Centro Operativo DIA di Torino il 18 dicembre 2013, la cui legittimità è stata confermata dal TAR Valle d'Aosta, sent. 12 gennaio 2016, n. 6.

portata originaria) e l'ordinamento regionale andrebbe effettuato mediante un intervento di armonizzazione ex articolo 48 bis dello Statuto.

8. Funzionalità e limiti di un modello difficilmente esportabile

Le funzioni prefettizie si svolgono in sede regionale mediante un'organizzazione a carattere "promiscuo": all'interno alcune strutture, il personale svolge cumulativamente attività di matrice statale (collegate alle funzioni prefettizie) e di matrice regionale-provinciale. In linea di massima, ciò avviene salvaguardando un alto livello di funzionalità e assicurando sempre elevati standard in termini di efficienza, neutralità e riservatezza. L'attività formativa del personale è talvolta, ma non sempre, sviluppata direttamente in collaborazione con il Ministero dell'Interno.

Si potrebbe in un certo senso parlare di una funzione prefettizia 'diluita' e svolta in parallelo con lo svolgimento di compiti amministrativi locali. Anche sul piano regolamentare interno, non si è mai messa in luce una precisa separazione tra compiti aventi diverso fondamento normativo e che sono espletati in connessione tra loro, con livelli di compenetrazione variabili a seconda della veste in cui risulta essere coinvolta la figura del Presidente della Regione. In questo, il sistema regionale valdostano ha dimostrato un'elevata capacità adattativa, ricercando costantemente, in accordo con le autorità statali, soluzioni pratiche ai problemi operativi che si sono di volta in volta presentati.

Non del tutto evidenti sono, invece, le ragioni per le quali non ha preso corpo in Valle d'Aosta il processo di concentrazione degli uffici statali nella forma di una prefettura-ufficio territoriale del governo⁶⁴: il tema è complesso e l'attuazione di un simile disegno richiederebbe sicuramente l'emanazione di un'apposita norma di attuazione statutaria. Alla prova dei fatti, comunque, il meccanismo risulta avere

⁶⁴ In argomento: L. VIOLINI, *I nuovi uffici territoriali del Governo: quale rapporto con il sistema delle autonomie*, in *Le Regioni*, 2, 2001, 241-248 e V. CERULLI IRELLI, *La struttura e le funzioni dell'amministrazione periferica dello Stato: verso il "nuovo" Ufficio Territoriale del Governo*, in *Italiadecide*, 2012.

dato finora buona prova, soprattutto nell'esercizio delle funzioni in materia di protezione civile e di calamità naturali, di viabilità e mobilità internazionale. Anche nel fronteggiare la recente pandemia da *coronavirus*, la contestualità di esercizio di funzioni presidenziali proprie e prefettizie da parte dell'organo di vertice della regione si è rivelata utile, malgrado le evidenti incomprensioni che si sono manifestate in ordine agli interventi normativi di contrasto alla pandemia⁶⁵.

Più problematici sono invece i profili di contrasto della criminalità organizzata, emersi con particolare intensità in occasione dello scioglimento, per la prima volta nella storia, di un consiglio comunale valdostano per infiltrazioni mafiose⁶⁶. Pur in mancanza, nel caso in esame, di precisi riferimenti procedurali da seguire, si è tuttavia proceduto in maniera lineare, portando il procedimento a conclusione con una condotta non diversa da quella che avrebbero seguita da parte delle prefetture ordinarie.

L'allarme suscitato da diverse indagini giudiziarie legate alla presenza della criminalità organizzata di stampo mafioso in Valle d'Aosta ha fatto sollevare in sede parlamentare interrogativi sull'opportunità di mantenere la saldatura tra i compiti prefettizi e il ruolo di guida politica della Regione⁶⁷. Nucleo centrale del ragionamento di chi si oppone alla configurazione attualmente in essere è la convinzione che il Presidente di Regione svolgendo la funzione prefettizia sia contemporaneamente 'controllore e controllato', costituendo perciò una "una rilevante anomalia"⁶⁸, finendo per minare la fiducia e il rispetto dei cittadini e

⁶⁵ La sent. C. cost. n. 37 del 2021, originata dall'impugnativa di una legge valdostana, ha qualificato la profilassi internazionale come vera e propria materia-oggetto e non come materia trasversale. Per un commento: B. CARAVITA, *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in *Federalismi.it*, 2021.

⁶⁶ Il 10 febbraio 2020 il Consiglio comunale di Saint-Pierre è stato sciolto con decreto del presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 143 del d.lgs.18 agosto 2000, n. 267.

⁶⁷ Le iniziative hanno preso avvio con un'interrogazione al Ministro dell'Interno il 4 settembre 2018 da parte della Deputata Elisa Tripodi: il Governo ha risposto che «La specialità statutaria della Valle d'Aosta, con particolare riferimento ai compiti attribuiti al Presidente della Regione in alcune materie di competenza prefettizia, non risulta aver determinato criticità rispetto all'attività delle forze di polizia».

⁶⁸ Lo ha evidenziato una seconda interrogazione, il 17 dicembre 2019, a seguito dell'indagine per scambio elettorale politico-mafioso *Egomnia* che aveva condotto alle dimissioni, il 14 dicembre 2019, del Presidente della Regione. Alla richiesta se il Governo intendesse «valutare l'opportunità di promuovere iniziative di carattere normativo volte alla separazione della figura

gettando ombre su strumenti di reazione dello Stato necessari a proteggere da possibili infiltrazioni criminali il tessuto politico-amministrativo regionale. La presunta 'anomalia' di questa configurazione è stata sottolineata anche da autorevoli voci⁶⁹ e il dibattito si è sviluppato con riferimento principalmente ad un ipotetico conflitto con gli artt. 5 e 97 della Costituzione.

Il Governo, nella discussione delle reiterate iniziative parlamentari, ha sempre ribadito la convinzione di dover tenere ferma questa particolarità ordinamentale in quanto, come affermato anche dal Ministro degli Interni Salvini, «Le misure da adottare, sia sul versante della sospensione cautelare degli amministratori coinvolti nell'inchiesta che relativamente all'avvio di procedure di accesso per la verifica dell'eventuale sussistenza di forme di infiltrazione o condizionamento mafioso, dovranno trovare necessario accordo con il presidente della regione autonoma Valle d'Aosta, a cui l'ordinamento autonomo attribuisce l'esercizio delle funzioni sopra citate».

Un punto fermo è stato messo alla Camera dei Deputati dalla risoluzione che ha impegnato il Governo «a porre in essere, per quanto di competenza, tutte le iniziative volte a promuovere un confronto con la regione Valle d'Aosta, al fine di verificare le modalità ed i criteri per modificare l'articolo 4 del d.lgs.lgt 545/1945, che attribuisce le funzioni prefettizie al presidente della regione, eliminando una situazione che, ad avviso dei firmatari del presente atto, si pone in contrasto con l'articolo 5 della Costituzione, nel superiore interesse della regione e dei cittadini valdostani»⁷⁰. Benché si tratti di un campanello d'allarme non trascurabile, non risultano al momento essere state attivate iniziative concrete al riguardo.

elettiva del presidente della regione da quella del prefetto, quale rappresentante del Governo» è stato risposto che «la separazione delle due figure non può che essere disposta secondo la procedura prevista per le norme di attuazione dall'articolo 48-bis dello Statuto speciale, e non con legge ordinaria (...) tale tema non potrà che essere oggetto di confronto nella stessa Commissione paritetica».

⁶⁹ Il parlamentare e costituzionalista Stefano Ceccanti ha evidenziato in Commissione l'opportunità di ragionare su soluzioni normative che, nel pieno rispetto dell'autonomia regionale, potessero rimedio a quella che definiva «una anomala sovrapposizione di ruoli».

⁷⁰ Risoluzione n. 7/00534 del 28 ottobre 2020.

9. Una valutazione generale

Il modello speciale attuato in Valle d'Aosta ripropone, come ha osservato Giancarlo Rolla richiamando il pensiero di Hugo Preuss, l'antico problema del rapporto tra sovranità ed autonomia come questione di "grado" dell'autonomia⁷¹. È fondamentale in questo senso aprire una seria riflessione su questa forma di amministrazione statale indiretta che trova il suo riferimento ideale nell'art. 5 della Carta costituzionale e in particolare nel dovere della Repubblica di attuare "nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo".

Alla luce di quanto finora avvenuto, è evidente che l'esistenza di un organo distinto che rappresenti il potere centrale in un dato territorio autonomo non è un dogma: l'esempio valdostano dimostra come vi siano, soprattutto in contesti particolari e a scala ridotta, possibilità di esercitare funzioni di questo genere in via delegata. Il modello, d'altra parte, risulta perfettamente coerente anche con la tradizionale filosofia originaria degli Stati unitari, essendo stato teorizzato già oltre due secoli in Francia⁷².

Che la funzione prefettizia possa assumere configurazioni differenti è d'altra parte provato anche da altre forme di rappresentanza dello Stato presso le autonomie speciali: il riferimento di maggior interesse in Italia, in questo senso, è senz'altro quello attualmente vigente in Trentino-Alto Adige/*Südtirol*, non solo per la sua coincidenza con la dimensione provinciale, ma soprattutto, perché realizza anch'esso – come in Valle d'Aosta/*Vallée d'Aoste*, sebbene in modo ancora riconducibile ad organi statali – il superamento della tradizionale figura del Prefetto. Nel caso preso in esame, il sistema di sostituzione pensato e messo in opera fin dal d.lgs.lgt. n. 545 del 1945, a ben vedere, ha attuato un metodo perfettamente coerente con l'impianto costituzionale, come definito dall'art. 116,

⁷¹ G. ROLLA, *Continuità e trasformazione dell'istituto prefettizio: considerazioni di diritto comparato*, in R. LOUVIN (cur.), *Studio sulla funzione prefettizia ...* cit. 97.

⁷² Il *Décret* del 14 dicembre 1789 dell'*Assemblée Nationale Constituante sur la constitution des municipalités, suppression des anciennes juridictions et communautés locales*, art. 49, prefigurava la possibilità che i corpi politici locali potessero essere, oltre che titolari di poteri propri, anche affidatari di compiti delegati dall'amministrazione generale dello Stato.

primo comma, per cui le regioni a Statuto speciale “dispongono di forme e condizioni particolari di autonomia”⁷³.

È la distinzione tra i due ruoli che deve essere chiara e lasciare spazio a semplificazioni fuorvianti. Il Presidente della Regione assume, per determinate questioni e in alcune circostanze, la “veste” di Prefetto, ma non si assimila alla corrispondente figura istituzionale statale, rimanendo in tutto e per tutto un organo esclusivamente regionale. Il Presidente “fa” il Prefetto, non “è” un Prefetto.

Il processo svolto nell’arco di settant’anni attesta una forte “interiorizzazione” di questo per potere da parte dell’intero apparato regionale e della “diluizione” di queste competenze in buona parte dell’organizzazione regionale, evitando la loro concentrazione in un unico servizio ed impedendo così il formarsi di un nucleo amministrativo tendenzialmente separato dal resto dell’amministrazione. Siamo in presenza di un modello integrato, di elevata funzionalità e grande risparmio economico, che evita la duplicazione di uffici e funzioni.

La ‘camaleontica’ figura del Prefetto svolge compiti diversissimi, per cui esige un’elevata specializzazione da parte degli apparati regionali. Dove il Presidente non sembra disporre di tutti gli strumenti necessari è nel promuovere e coordinare la cooperazione tra le amministrazioni statali e l’adeguamento tecnologico delle dotazioni strumentali degli uffici⁷⁴: l’esclusione della Valle d’Aosta dall’ambito di applicazione del d.lgs. n. 300 del 1999 la Valle d’Aosta ha segnato un disallineamento che dovrebbe essere opportunamente corretto⁷⁵.

L’impulso prefettizio regionale emerge invece nel coordinamento delle funzioni di sicurezza e nei momenti emergenziali, prendendo tono nel quadro evolutivo della pubblica amministrazione con lo sviluppo di forme concrete di *soft power*, tratto distintivo del moderno agire pubblico. Occorrerebbe però perseguire una più intensa definizione formale delle procedure mediante i necessari strumenti legislativi attuativi: questo metterebbe l’amministrazione al riparo dal rischio di

⁷³ M. COSULICH, *La rappresentanza dello Stato italiano nei territori ad autonomia speciale*, in R. LOUVIN (cur.), *Studio sulla funzione prefettizia ... cit.*, p. 156.

⁷⁴ Come vorrebbe il d.p.r. 3 aprile 2006, n. 180, art. 2.

⁷⁵ L’art. 10 dispone infatti che «Le disposizioni del presente regolamento non si applicano nella regione Valle d’Aosta e nelle province autonome di Trento e di Bolzano».

possibili contenziosi. Le carenze normative hanno diverse cause, tra cui spicca anche la mancanza di una cultura forte dell'autonomia presso le istituzioni centrali che ha generato ostilità e resistenze striscianti rispetto alla piena attuazione del modello singolare della piccola regione alpina. La ridotta dimensione demografica della Regione ha tuttavia permesso di sperimentare soluzioni innovative, grazie a comportamenti regionali orientati più alla mediazione che al conflitto.

Tra i fattori critici, si deve mettere in evidenza la diminuzione delle risorse disponibili per effetto della crisi economica e dell'attuazione del federalismo fiscale ai sensi dell'art. 119 della Costituzione⁷⁶, oltre alla crescente instabilità governativa della Regione, ripetutamente stigmatizzato in dottrina⁷⁷, che comporta i risvolti negativi in termini di funzionalità nell'assolvimento dei compiti di raccordo. Questo vorticoso *turn-over* al vertice ha rafforzato la capacità degli apparati burocratici regionali di operare in sostanziale continuità, indipendentemente dalla tenuta politica delle maggioranze del momento, ma il danno resta evidente denotando mancanza di pensiero strategico nel lungo periodo da parte della Regione per accompagnare i fenomeni di trasformazione in atto. Un ulteriore elemento contingente sta accelerando la trasformazione dell'istituto: lo sviluppo di modalità operative informatizzate da parte della pubblica amministrazione che rende oggi possibile un dialogo serrato a distanza con gli apparati burocratici centrali, riducendo le sedi decentrate a funzione di meri terminali. Da ciò discende una forte necessità di adeguamento tecnico, ma soprattutto il bisogno di un ripensamento dei compiti più discrezionali che può svolgere il Presidente nell'esercizio della sua funzione prefettizia.

10. Spunti conclusivi

⁷⁶ In riferimento all'art. 27 della l. n. 42 del 2009.

⁷⁷ G. TARLI BARBIERI, *La crisi politico istituzionale valdostana nella crisi del regionalismo italiano*, in *Le Regioni*, 2, 2020, 235-275. Il tema è ripreso anche da F. PALERMO, *La forma di governo regionale a vent'anni dalla riforma: cosa resta della specialità?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2020, 1071-1073.

L'avvenire di questo assetto istituzionale fa oggi discutere, non solo per le criticità messe in luce nel paragrafo precedente, ma anche in relazione ad eventuali future riforme del meccanismo elettorale che riguarda il Presidente della Regione, a tutt'oggi fermo alla forma parlamentare originaria del 1948. Qualora venisse attuato un procedimento di elezione diretta di quest'organo, ciò potrebbe rimettere in discussione l'attuale delega delle funzioni prefettizie?

Ci si è chiesto se l'elezione diretta del Presidente – espressamente contemplata dall'art. 15 dello Statuto speciale – possa determinare una caducazione della funzione prefettizia delegata⁷⁸. Un'eventuale modifica della normativa elettorale non sembra però sollevare dubbi al riguardo, mentre di converso un effetto elettorale stabilizzatore offrirebbe migliori garanzie di continuità per l'assolvimento del compito di rappresentanza del governo centrale. Ciò rafforzerebbe una potenzialità insita nella funzione prefettizia e la coniugherebbe bene con la caratura e le attribuzioni generali del Presidente all'interno dell'ordinamento valdostano, ossia il ruolo dell'organo prefettizio come soggetto mediatore del conflitto sociale ed economico. Un utile elemento chiarificatore del sistema sarebbe anche il riconoscimento della delegabilità dei compiti in discorso a favore del Vice-Presidente della Regione che a termini di legge statutaria regionale già oggi «sostituisce il Presidente della Regione in caso di assenza o di impedimento temporaneo dello stesso»⁷⁹.

È bene, conclusivamente, formulare qualche considerazione sull'ipotesi, avanzata in sede politica locale, di *découplage*, ossia di dissociazione e scorporo di questa funzione con conseguente assegnazione della stessa ad altro soggetto indipendente, collegato all'autorità centrale e separato dall'ente autonomo, ipotesi non contrastante, in astratto, con la pronuncia della Corte costituzionale n. 38 del 2003 ma subordinata ad un formale accordo fra Stato e Regione.

In primo luogo, è da valutare il problema finanziario di un'eventuale 'restituzione' allo Stato di questo compito. Il nodo dei costi è rilevante, perché si profilerebbe una

⁷⁸ Se lo chiede F. PALERMO, *La forma di governo regionale a vent'anni dalla riforma ...*, cit., 1073, nt. 47 ma l'autore non formula una risposta definitiva al riguardo.

⁷⁹ L.r. 7 agosto 2007, n. 21, art. 3, c. 2.

duplicazione rispetto alla spesa attuale sotto molteplici punti di vista: costi logistici di sedi e apparecchiature, spese per il personale, la formazione, le strutture di supporto e di accompagnamento ...⁸⁰. Ma l'aspetto più delicato sarebbe piuttosto lo scioglimento delle complesse interconnessioni presenti all'interno dell'amministrazione regionale per lo svolgimento contestuale e parallelo di attività di matrice statale e regionale. L'estrapolazione delle prime e il loro conferimento ad altro ente depaupererebbe l'attuale funzione pubblica regionale, sia in termini di dotazione del personale che di funzionalità complessiva con una perdita dell'attuale unitarietà d'azione.

Quale effetto produrrebbe poi, sul territorio di appena 125.000 abitanti già burocraticamente sovraffollato di enti pubblici, l'introduzione di un nuovo soggetto nel perimetro operativo della funzione pubblica regionale? Che cosa conseguirebbe alla perdita del ruolo oggi consolidato della Presidenza regionale come perno dell'azione di tutto il sistema delle autonomie? Come reagirebbe il sistema ad una duplicazione di interlocuzione verso i soggetti pubblici e privati (enti locali, cittadini, imprese ...)?

Potrebbe nascere un complicato circuito in cui un'eventuale neo-costituita prefettura - magari operante a livello ultra-regionale⁸¹ - dialogherebbe su piani distinti e con diversità di rapporti, a seconda che si rivolga alle autorità regionali in quanto titolari di funzioni legislative e amministrative, regionali o provinciali. Di certo, questa soluzione è da considerare con molta cautela, verificandone a priori la "sostenibilità istituzionale".

Guardando infine alla esportabilità del modello, essa non pare impossibile, anche se si scontra con problematiche di varia natura. La diffusione della formula imporrebbe un ripensamento, al momento difficile, della funzione specifica assolta

⁸⁰ Una dettagliata analisi di questi costi è stata operata nel gennaio 2014 dalla Sezione regionale di controllo per la Valle d'Aosta/*Vallée d'Aoste*, attraverso la sua relazione «La gestione regionale delle funzioni statali in Valle d'Aosta. Anni 2010-2012».

⁸¹ Ipotesi che potrebbe essere in astratto avanzata, a dispetto delle forti propensioni identitarie del territorio regionale, alla luce della riduzione in atto del numero delle prefetture sulla base del parametro numerico della popolazione residente induce e della tendenza di alcuni rami dell'amministrazione statale ad articolarsi con sedi operanti con valenza pluri-regionale.

unitariamente dall'intero corpo prefettoriale nel senso di garanzia dei diritti e di coesione territoriale.

Al più, si potrebbe pensare al suo utilizzo in contesti limitati e affini, per tipologia e dimensioni, al quadro regionale valdostano.

Tre quarti di secolo di questa originale organizzazione valdostana hanno generato un *know-how* di tutto rispetto. L'istituto è migliorabile, certo, ma può ancora generare risposte positive in termini di efficienza di sistema, di garanzia e di efficace coordinamento tra i diversi livelli amministrativi, costituendo un'esemplarità paradigmatica di asimmetria⁸² virtuosa e di capacità adattamento dell'ordinamento a contesti territoriali speciali, come elemento distintivo, in termini di modellistica istituzionale nella nozione 'allargata' di forma di autogoverno.

⁸² Si condivide l'osservazione di N. Alessi, *La disciplina della forma di governo delle Regioni quale contenuto eventuale della cultura dell'autonomia*, in *Autonomie territoriali e forme di differenziazione. Ordinamenti a confronto*, p. 126, secondo cui "negli ordinamenti composti, in presenza di diversità fattuali tra diversi enti territoriali (...), non si abbia autonomia senza un certo grado di differenziazione *de iure*". In questo senso anche F. PALERMO, *Asimmetria come forma e formante dei sistemi composti*, in *Le ist. del fed.*, 2018, 2, 255-271.

La parabola del principio di sicurezza: una nemesi giuridica? *

di

Ginevra Cerrina Feroni**

Sommario: 1. Le varie dimensioni della sicurezza. La sicurezza “inaccettabile”: a proposito degli attentati terroristici di matrice islamista. – 2. La sicurezza “accettabile”: a proposito della pandemia, ovvero la compressione dei diritti e libertà in funzione di tutela della salute pubblica. – 3. La sicurezza “nuova”: lo stato d'emergenza alla prova delle Corti. – 4. La crisi dello strumento parlamentare come involontaria conseguenza della torsione securitaria.

1. Le varie dimensioni della sicurezza. La sicurezza “inaccettabile”: a proposito degli attentati terroristici di matrice islamista

Nel 2008 con Giuseppe Morbidelli pubblicammo un saggio dal titolo “*La sicurezza. Un valore super primario*”¹. In quell'articolo - che si riferiva alle vicende dell'11 settembre 2001 e agli attentati terroristici di matrice islamista che seguirono - sostenevamo una tesi abbastanza controcorrente, specie in epoca, già allora, di pensiero “politicamente corretto”. Ovvero che la sicurezza, quale valore giuridico che si rifà, oltreché alla Costituzione, al diritto naturale, alla storia, ad un sentire comune e pertanto non si presta ad un bilanciamento secondo i canoni tradizionali. Più specificamente, il rapporto tra diritti e sicurezza non è ricostruibile come momento di conflitto, poiché libertà e sicurezza non devono essere intese come tra

*Il presente saggio è destinato alla pubblicazione nel volume contenente gli atti del Festival della politica “La crisi della democrazia” tenuto il 30 e 31 agosto 2021 a Santa Margherita Ligure e promosso dall'Associazione culturale “Isaiah Berlin”.

**Professore Ordinario di Diritto Costituzionale dell'Università di Firenze.

¹ Si tratta del n. 1/2008 della Rivista *Percorsi costituzionali*, pp. 31-44.

loro negoziabili. Improprio dunque affermare che ad una maggiore sicurezza corrisponde una compressione della libertà: la scelta di uno dei due diritti – libertà e sicurezza – a vantaggio dell'altro è una falsa scelta, poiché la sicurezza non è un fine in sé, ma piuttosto uno strumento per accrescere le libertà.

Il valore superprimario della sicurezza nasce da considerazioni storiche, ma anche naturalistiche o meglio, realistiche, per cui i principi del costituzionalismo, nati per vincere i privilegi e le forme più rigide di assolutismo sovrano, sulla base di una visione razionalistica dei diritti naturali che appartengono a tutti, vanno in crisi quando ci si trova davanti ad una emergenza di vaste proporzioni.

Sicché non può esservi un bilanciamento tra pari, ma un bilanciamento in cui le ragioni della sicurezza si portano dietro di sé uno *status* di priorità, laddove queste sono finalizzate in ultima istanza alla tutela delle libertà individuali. In altre parole, il diritto alla sicurezza se entra in bilanciamento non è più un diritto pieno: non esiste infatti una sicurezza attenuata, poiché la sicurezza bilanciata è una “non sicurezza”.

Da questi argomenti traevamo poi, attraverso una *reductio ad absurdum*, un ulteriore deduzione: che la relativa “cedevolezza” di alcuni diritti in nome della sicurezza non avrebbe dovuto in fondo stupire. Se, infatti, la sicurezza è un valore superprimario ed ha a che fare con la nostra stessa esistenza e con la qualità della nostra vita, se ne dovrebbero trarre, coerentemente, tutte le conseguenze, senza trincerarsi in una difesa ad oltranza delle altre garanzie costituzionali, che sarebbero travolte (*rectius* brutalizzate) proprio in carenza delle condizioni di sicurezza. In altri termini, la sopravvalutazione delle altre garanzie costituzionali dei diritti a discapito della sicurezza si traduce in un'azione suicida, perché fa cadere il sostrato di fondo immanente a queste stesse garanzie costituzionali: la sicurezza e, con essa, *l'ubi consistam* della comunità.

Con ciò non volevamo concludere che in nome della sicurezza le garanzie costituzionali diventassero del tutto cedevoli. Imprescindibile, infatti, resta il principio di proporzionalità con la conseguenza che la garanzia dei principi dello Stato costituzionale finirebbe per concentrarsi sulla consistenza ed efficacia dei

controlli affidati alle giurisdizioni, come pure sui controlli che, su altro piano, dovrebbero esercitare le rappresentanze politiche parlamentari.

Questa tesi si poneva peraltro in linea con la giurisprudenza costituzionale, la quale fin dalla sentenza n. 86 del 24 maggio 1977 sul segreto di Stato - affermando che la sicurezza nazionale costituisce interesse essenziale e insopprimibile della collettività con palese preminenza su ogni altro interesse - annoverava la sicurezza, al pari dell'ordine pubblico, tra gli interessi costituzionali da tenere in adeguata considerazione per il giudizio di bilanciamento². Ragion per cui il perseguimento della sicurezza, nella sua dimensione ideale³, farebbe parte a tutti gli effetti del tessuto normativo della Carta fondamentale, in particolar modo laddove tale interesse emerga nelle stesse disposizioni costituzionali quale restrizione esplicita all'esercizio di specifiche libertà (artt. 14, 16, 17 e 41 Cost.).

Si tratta invero di un'impostazione che trova sponda in alcuni ordinamenti europei, tra cui quello francese, simile al nostro per struttura e valori, in cui la sicurezza pubblica (*sûreté*) non è intesa tanto come sicurezza contro la delinquenza (*sécurité civile*), ma come un'esigenza sociale di difesa della collettività e dei diritti degli individui che la compongono⁴.

Ciò ci porta a concludere che la *ratio* applicativa e interpretativa della sicurezza deve essere sempre orientata a valorizzare il concetto di persona e di pluralismo sociale⁵; in questo modo la dicotomia libertà-sicurezza come valori

² Ex multis, A. Vendaschi, *Has the balancing of rights given way to a hierarchy of values?*, in *Comp. L. Rev.*, 1, 2010.

³ T.F. Giupponi, *La sicurezza e le sue "dimensioni" costituzionali*, in *www.forumcostituzionale.it.*, 2008, pp. 1-2, la sicurezza è «rilevante sia da un punto di vista della tradizionale protezione della collettività organizzata da pericoli di aggressione, provengano essi dall'esterno o dall'interno; sia dal punto di vista della tutela dei diritti dei singoli individui e dalle concrete dimensioni della sua operatività (...) sulla base della ricostruzione di un valore non solo materiale, connesso alla protezione del gruppo sociale e dei diritti dei singoli individui che ne fanno parte, ma anche ideale della stessa, in relazione ai principi e ai valori di riferimento di un determinato ordinamento».

⁴ J. Danet, S. Grunwald, *Le droit à la sécurité et le risque au coeur d'un nouveau droit penal?*, in J-C. Hélin, (a cura di), in *Perspective du droit publique*, Paris, LexisNexis, 2004, pp. 197-206.

⁵ M. Barberis, *Non c'è sicurezza senza libertà*, Bologna, Il Mulino, 2017, 88 ss.; G. de Vergottini, *La difficile convivenza fra libertà e sicurezza: la risposta delle democrazie al terrorismo. Gli ordinamenti nazionali*, in *Bolletín Mexicano de derecho Comparado*, vol. 37, n. 111, 2004, 1185-1211, e T.E. Frosini, *Il diritto costituzionale alla sicurezza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2006, sottolineano, in

autoescludentesi cede ad un rapporto di interconnessione che possiede un nucleo centrale comune⁶.

Questo era il senso del nostro ragionamento nel 2008, il quale concludeva – almeno in tempi di emergenza come quelli in cui l’articolo era stato scritto e a maggior ragione laddove, come è stato, questa emergenza si fosse cronicizzata⁷ – per la primazia ideale della sicurezza, ma inserendola sempre all’interno di una prospettiva finalizzata al bilanciamento, proprio come statuito dalla Corte costituzionale.

È curioso che allora tale tesi fosse stata (a torto) ritenuta da alcuni come un’estremizzazione della visione della sicurezza, in quanto potenzialmente foriera di compressione delle libertà.

2. La sicurezza “accettabile”: a proposito della pandemia, ovvero la compressione dei diritti e delle libertà in funzione di tutela della salute pubblica.

Dopo dodici anni, alla luce dell’emergenza pandemica da poco conclusa quella riflessione sul tema della sicurezza appare sotto una luce completamente diversa. La pandemia ha posto il giurista non di fronte a vicende di criminalità di dimensione internazionale, ma a torsioni interne dell’ordine politico-istituzionale giustificate proprio dal profilo della sicurezza.

Nei due anni di “stato d’eccezione” non dichiarato, determinato dalla pandemia da Covid-19, il diritto alla sicurezza è diventato fisico, anzi, biologico ed ha acquisito

grado diverso, la funzionalizzazione di tutti i diritti e le libertà ad un superiore diritto alla sicurezza.

⁶ Così A. Gatti, *La democrazia che si difende*, Cedam-Wolters Kluwer, Padova, 2023, spec. p. 298.

⁷ Il fenomeno del terrorismo integralista islamico si è rivelato non risolvibile né a breve, né a medio termine, e così ha portato ad una situazione in cui la distinzione tra regime ordinario e regime derogatorio è risultata sempre più difficile. Non, dunque, più regole da applicarsi a episodi circoscritti e a situazioni di emergenza localizzate nello spazio e nel tempo, ma regole di carattere generale da applicarsi ad una emergenza stabilizzata. Si tratta della c.d. “normalizzazione dell’emergenza”, di cui, con grande chiarezza, ha riportato la natura e i rischi G. de Vergottini, *Una rilettura del concetto di sicurezza nell’era digitale e della emergenza normalizzata*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2019.

quella dimensione costituzionale, condizionante e immanente che buona parte della dottrina aveva rifiutato con indignazione di riconoscere nella sicurezza come ordine pubblico ideale⁸.

Se guardiamo bene però, nella gestione dell'emergenza pandemica la sicurezza collettiva in materia sanitaria non è stata contrapposta all'uso del potere ma si è elevata essa stessa a strumento del potere, legittimando gli interventi *extra ordinem* dell'esecutivo per la limitazione delle libertà costituzionali⁹.

Faccio allora due osservazioni.

La prima è che durante l'emergenza pandemica sono tornate *in auge* parole allora esecrate come "sicurezza nazionale" (valorizzandola ora sotto il profilo della salute collettiva), di cui si era allora negata talora persino la natura costituzionale, assumendosi - specialmente dopo i fatti dell'11 settembre - la sua intrinseca natura autoritaria-reazionaria. Come pure hanno fatto capolino parole desuete, che evocano condizioni esistenziali di tragiche pagine della nostra storia: "coprifuoco", "isolamento", "confini", sorveglianza dell'informazione, controlli dell'autorità anche nella dimensione più intima e privata delle persone.

La seconda è che in tale occasione, nel linguaggio del legislatore (e dei giudici), si è continuato a porre l'accento sulla straordinarietà, ma ciò è avvenuto - come d'altronde pure nell'emergenza terrorismo - solo per attenuare la *vis* riduttiva delle garanzie¹⁰. Si tratterebbe cioè di una terminologia di "stile", ovverosia per non dire con chiarezza come stanno realmente le cose. Si pensi, tra gli altri, all'ampio utilizzo di poteri *extra legem*, o addirittura in deroga alla legge stessa, come il ricorso all'art. 2 tulps (r.d. n. 773/31) che autorizza il Prefetto ad adottare i

⁸ Per una prospettiva politico-filosofica, invece, C. Ocone, *Salute o libertà. Un dilemma storico-filosofico*, Cosenza, Rubbettino, 2021, che richiamando tra gli altri il pensiero di Michel Foucault, sottolinea come la sicurezza sanitaria si sarebbe avviata a diventare sempre più centrale nelle politiche statali e internazionali attraverso l'utilizzo del concetto di rischio, ma simulandolo al *worst case* scenario.

⁹ *Ex multis*, critico del metodo attraverso il quale sono state le limitazioni poste alla libertà di circolazione O. Chessa, *Cosa non va nel bilanciamento in corso tra libertà individuale e salute pubblica?*, in *Lacostituzione.info*, 12 aprile 2020.

¹⁰ Si tratta come spiega C. Bassu, *La libertà personale nell'emergenza costituzionale*, in A. Di Giovine (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 75-102, di una tecnica tipica dell'emergenza costituzionale che trae forza dall'applicazione non argomentata del principio di necessità.

provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica. Disposizione che rappresenta uno dei più rilevanti esempi del rinvio della gestione dell'emergenza pandemica da parte del legislatore all'amministrazione attraverso veri e propri poteri a "fattispecie aperta"¹¹.

Eppure ci eravamo abituati a sentire, a quei tempi, che il conferimento di un valore preminente alla sicurezza, oltre che a potenziare pericolosamente il ruolo del potere esecutivo a tutto scapito del Parlamento, avrebbe avuto l'effetto di sacrificare inutilmente le fondamentali libertà dell'uomo, essendo del tutto illusoria, nella società globalizzata del rischio, la ricerca della sicurezza assoluta dei rapporti sociali. Insomma, il concetto di sicurezza da cavallo di battaglia dei conservatori è oggi, con e dopo la pandemia, invocato dai progressisti e per far ciò sono state riconosciute alle sue due declinazioni due forze di resistenza diverse: l'una – la sicurezza come ordine pubblico - relativa e l'altra – la sicurezza come salute collettiva - praticamente assoluta.

Tema che forse oggi è diventato ancora più stringente anche grazie all'accresciuta sensibilità per i temi dei diritti e, specialmente, dei c.d. "nuovi diritti" (pensiamo alla tutela della *privacy* intesa come protezione dei dati personali).

Ed ora? Che succede di queste narrazioni che hanno riempito intere biblioteche? Dove sono finiti i "sacerdoti" *main-stream* delle teoriche/retoriche dei diritti fondamentali a tutti i costi?

Davvero un paradosso, un capovolgimento totale di prospettiva, una vera e propria nemesi: i tradizionali "negazionisti" della sicurezza nazionale - in quanto concetto "autoritario-reazionario" e il cui perseguimento violerebbe le libertà democratiche – hanno invocato in relazione alla pandemia la sicurezza in chiave sanitaria quale bene giuridico supremo che può, invece, sovrastare di fatto tutte le altre libertà democratiche. Insomma, una formidabile leva di potere a servizio del pensiero unico. E, al contrario, i sostenitori della massima espansione delle libertà

¹¹ Cfr. l'analisi di E. Raffiotta, *I poteri emergenziali del governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2021.

democratiche anche in tempi emergenziali sarebbero diventati, paradossalmente, dei pericolosi “negazionisti” nemici della sicurezza (inquietante, peraltro, l’uso strumentale che si sta facendo del termine negazionismo).

3. La sicurezza “nuova”: lo stato d’emergenza alla prova delle corti

Nell’utilizzo del concetto di sicurezza come interesse giustificativo sia della legislazione antiterroristica sia di quella pandemico-emergenziale, il richiamo alla malmisurabile *safety* è stato talvolta scardinato per imporre, innovando pesantemente la Costituzione materiale, misure spesso discutibili di *security*. Il tema della sicurezza va aggiornato di fronte a questa torsione dei poteri e, per riflesso, delle libertà che fa leva a dismisura sulla *safety*.

Qui si manifesta in tutta la sua evidenza la deriva contemporanea verso il c.d. Stato d’emergenza che tuttavia in Italia si è avvicinato, per natura e forme, ad uno Stato d’eccezione di schmittiana memoria¹². La mancanza di una regolazione costituzionale dell’emergenza, insieme alle forzature sul sistema delle fonti, che la dottrina non ha potuto fare a meno di rilevare¹³, hanno messo duramente alla prova la democrazia costituzionale per come la conosciamo.

Non si può negare *a priori* che di fronte a una minaccia di catastrofe non ben calcolabile, ma potenzialmente in grado di comportare un danno fondamentale per l’esistenza della società, possa prevalere una diversa interpretazione delle condizioni che rendono l’ordine pubblico il presupposto per il regime costituzionale; tuttavia l’enfasi sulle decisioni dell’esecutivo (che, proprio come nell’*Ausnahmezustand* schmittiano, è capace di far legittimare *ex post* le proprie

¹² Gustavo Zagrebelsky riporta chiaramente la differenza tra stato di emergenza e stato di eccezione: «All’emergenza si ricorre per rientrare quanto più presto è possibile nella normalità (salvare i naufraghi, spegnere l’incendio). All’eccezione si ricorre invece per infrangere la regola e imporre un nuovo ordine (...) l’emergenza è conservativa, l’eccezione è rinnovativa» (G. Zagrebelsky, *Emergenza ed eccezione*, in AA.VV., *Il mondo dopo la fine del mondo*, Roma-Bari, Laterza, 2020, 500-515, spec. 502).

¹³ Di auto-delega e auto-legittimazione hanno parlato rispettivamente A. D’Andrea, *Metodo di governo della pandemia: non si discutono i fini, ma gli strumenti sì*, in *lacostituzione.info*, 6 maggio 2020, p. 2, e A. Vernata, *Decretazione d’urgenza e perimetro costituzionale nello stato di “emergenza epidemiologica”*, in *Forum di BioLaw Journal*, 2020, p. 6.

scelte *extra ordinem*) e la marginalizzazione del potere giudiziario (che queste scelte finisce spesso per legittimare), avvicinano pericolosamente questo modello a quello dello Stato preventivo¹⁴.

È chiaro a tutti quanto incida, a fronte della riflessione teorico-scientifica, anche l'esperienza pratica. Ed è soprattutto su questo piano che riscontriamo le maggiori differenze tra la gestione dell'emergenza terroristica (o la tutela della sicurezza-ordine pubblico) e la gestione dell'emergenza pandemica (o la tutela della sicurezza-salute collettiva).

Nel caso dell'emergenza terroristica le antinomie tra sicurezza e libertà sono state in massimo grado risolte entro le garanzie dello stato di diritto. Nonostante il legislatore, con l'art. 270-bis c.p., abbia scelto di anticipare la soglia del presidio penale, permettendo interventi in uno stadio precedente a quello tipizzato nei delitti di attentato e, dunque, rendendo perfetta una condotta non ancora concretamente lesiva dei beni giuridici tutelati, la giurisprudenza ha neutralizzato tale rischio attraverso l'utilizzo di alcune tecniche interpretative tra cui la valorizzazione dell'elemento psicologico e l'oggettivizzazione del dolo specifico¹⁵. Nell'emergenza terroristica le garanzie del c.d. *judicial state* hanno potuto trovare piena applicazione.

Un discorso diverso vale per la pandemia appena trascorsa.

¹⁴ Stato preventivo è quella forma specifica di paternalismo dello Stato sociale che opera contro minacce alla sicurezza non politiche e si inverte in una modifica frammentaria dell'ordinamento avallata dalla reinterpretazione giudiziaria dei principi costituzionali. Cfr. A. Sajó, *From Militant Democracy to the Preventive State?*, in *Cardoso Law Review*, vol. 27, 2005, pp. 2255-2294. Ma anche C. S. Steiker, *Foreword: The Limits of the Preventive State*, in *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 88, n. 3, 1998, pp. 771-806 e P. Ferrara, *Lo stato preventivo. Democrazia securitaria e sicurezza democratica*, Catanzaro, Rubbettino, 2010.

¹⁵ Cfr. V. Valente, *Sicurezza e libertà alla luce del terrorismo islamista. La circolazione dei modelli di contrasto e prevenzione*, in F. Alicino (a cura di), *Terrorismo di ispirazione islamista*, Apes, Roma, 2019, pp. 171-224. Delle correzioni giurisprudenziali da conto fin dall'inizio dell'emergenza terroristica F. Viganò, *Terrorismo di matrice islamico-fondamentalista e art. 270 bis c.c. nella recente esperienza giurisprudenziale*, in *Cassazione Penale*, n. 10, 2007, pp. 3953 ss. Nel panorama comparato, tra le sentenze che hanno segnato contraddistinto la fase interventista della Corte Suprema americana, vale ricordinare *Yaser Esam Hamdi e Shafiq Rasul v.s. US* del 2004 con cui la Corte Suprema ha ordinato all'esecutivo di rispettare il privilegio dell'*habeas corpus* dei detenuti-terroristi.

In alcuni Paesi europei l'attivazione dei ricorsi diretti al Tribunale costituzionale e la tutela cautelare processuale amministrativa – invero soluzioni non eccezionali se si guarda al panorama comparato¹⁶ – ha consentito lo svolgimento di un controllo giurisdizionale pressoché immediato sulle decisioni dei soggetti politici e ha portato, sovente, ad una revisione in termini di proporzionalità e ragionevolezza delle misure limitative adottate. In queste esperienze emerge la funzione legittimante di controllo giudiziale del potere in capo ai giudici, percepiti – prima di tutto da se stessi – come il punto di ri-equilibrio del sistema.

Ciò che è mancato in Italia, con riferimento al vaglio della sicurezza-incolumità pubblica sanitaria, è stato proprio un “aggiustamento” della prassi giurisprudenziale che valorizzasse il criterio della proporzionalità concreta delle misure. Al contrario, la giurisprudenza ordinaria, amministrativa e persino quella costituzionale¹⁷, hanno assunto generalmente un atteggiamento deferente verso le decisioni dell'esecutivo.

Si avvera quanto preconizzato da András Sajó con riferimento al pericolo di slittamento da una forma di Stato controterrorista o d'eccezione ad una forma di stato “preventiva”: *«Under increased threat of terror there will be a movement away from the judicial state, perhaps towards a preventive regime. Even if judicial review survives in the Counter-terror state, at least pro forma, it will be a fully deferential rubberstamp*

¹⁶ Si pensi alla Germania, alla Spagna o alla Francia. Cfr. il numero monografico n. 2/201 di *Percorsi Costituzionali “Covid e Corti”*, rispettivamente i contributi di A. Gatti, *Per un'emergenza “ragionevole”: l'opera mitigante della giurisprudenza tedesca sulle decisioni degli esecutivi. Un confronto con l'Italia*, pp. 257-286; S. Romboli, *Covid e Corti: gli interventi del tribunale costituzionale spagnolo in materia di “stati di emergenza”*, pp. 305-336; A.M. Lecis Cocco Ortu, *Il Consiglio Costituzionale francese di fronte all'emergenza sanitaria, tra tutela (effettiva) dello stato di diritto e tutela (disattesa) dei diritti*, pp. 229-256.

¹⁷ Nella misura in cui è riuscita a conoscere le poche questioni di legittimità prospettate, queste hanno riguardato il rapporto di competenze Stato-Regione e gli obblighi vaccinali. Cfr. Servizio Studi della Corte costituzionale, *La gestione della pandemia di Covid-19 nella giurisprudenza costituzionale* (a cura di N. Viceconte), marzo 2023, su www.cortecostituzionale.it. Inoltre, la negazione della natura sanzionatoria delle questioni esaminate, (per la Corte costituzionale la vaccinazione sarebbe un requisito per lo svolgimento dell'attività lavorativa e la mancata vaccinazione una «sopravvenuta provvisoria impossibilità per il dipendente di svolgere attività lavorative») fa di fatto prevalere le esigenze organizzative sui diritti individuali delle persone (così, ad esempio, V. Baldini, *L'emergenza sanitaria tra stato di eccezione, trasformazione della Costituzione e garanzie del pluralismo democratico*, in *www.dirittifondamentali.it*, 1/2023, 390-415, spec. 397-398).

operation as it happened at times of war, using risk assumptions»¹⁸. Ciò avviene quando gli standard democratici sono bypassati in nome del principio di necessità.

La proporzionalità applicata alle decisioni che assumono la sicurezza come criterio prevalente per limitare i diritti fondamentali, per essere pienamente operativa, deve quindi superare lo stretto scrutinio di legittimità – come è stato giustamente fatto con riferimento alla sicurezza-ordine pubblico – aggiungendovi una sorta di giudizio complessivo di “razionalità minima” che deve sorreggere ogni misura. Mi pare invece che nell’emergenza pandemica tale scrutinio o sia mancato del tutto, o sia stato formulato in maniera tautologica e superficiale, così avverando il timore che era stato paventato durante l’emergenza terroristica: la sicurezza come un interesse tiranno.

4. La crisi dello strumento parlamentare come involontaria conseguenza della torsione securitaria

Ma la garanzia dei principi dello Stato di diritto deve altresì misurarsi sulla consistenza ed efficacia dei controlli sul piano politico da parte delle rappresentanze parlamentari.

A fronte di questi fatti così nuovi, e di una inedita concentrazione di nuovo potere nell’emergenza pandemica, è emersa ancora più chiaramente rispetto all’emergenza terroristica la sconcertante debolezza della funzione parlamentare: passiva sia quanto a investitura dell’esecutivo a provvedere tramite atti regolamentari monocratici come i DPCM¹⁹, sia quanto a controllo successivo. Il punto è però che la crisi del Parlamento è divenuta uno dei nodi cruciali del costituzionalismo contemporaneo, ma per l’Italia, molto più che per altre forme di governo, ha assunto tratti quasi drammatici.

¹⁸ A. Sajó, *From Militant Democracy to the Preventive State?*, cit., p. 2276.

¹⁹ Tra i commenti “a caldo” F. Clementi, *Quando l’emergenza restringe le libertà meglio un decreto-legge che un DPCM*, in *Il Sole 24 ore*, 13 marzo 2020; I. Massa Pinto, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione giustizia*, 18 marzo 2020. Di poco successivo, M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2020.

Come recuperare il giusto ruolo del Parlamento rispetto all'operato del Governo, specie in condizioni emergenziali?

In che modo rendere effettivo il controllo sull'operato politico e normativo del Governo, funzione essenziale e ineliminabile in un sistema democratico, per di più di tipo parlamentare come il nostro?

Come impedire lo svilimento del ruolo propulsivo e di proposta degli organi parlamentari a fronte di una tendenza sempre più pervasiva di sostituzione della politica da parte di *task forces* "tecniche", ma con investitura ad alta intensità politica, che dettano, a tutt'oggi, le linee "politiche" anche per il dopo-Covid?

È questo il vero cuore pulsante del rapporto tra sicurezza e libertà nelle democrazie contemporanee e la chiave per interpretare l'emersione di una dimensione propriamente collettiva e "democratica" della sicurezza (comunque la si voglia intendere) come garanzia dell'esercizio dei diritti civili e sociali del cittadino.

dirittifondamentali.it

La legge costituzionale n. 1 del 2022 e la novella dell'art. 9 Cost.: questioni aperte sulla modificabilità dei principi fondamentali. Qualche certezza giuridica e (non pochi) dubbi di politica del diritto*.

di

Paolo Piluso**

Sommario: 1. La legge costituzionale n. 1/2022 tra “revisione-bilancio” e “revisione-programma”. 2. Il problema dei limiti impliciti alla revisione costituzionale. Tra antichi dilemmi teorici e nuove questioni interpretative. 3. Alcuni dubbi e alcuni punti fermi da ribadire. Una questione di opportunità?

1. La legge costituzionale n. 1/2022 tra “revisione-bilancio” e “revisione-programma”

La legge costituzionale n. 1/2022 di modifica degli artt. 9 e 41 Cost. può certamente essere considerata una “riforma storica” almeno per due ordini di ragioni: in primo luogo, *nel merito*, per la positivizzazione costituzionale espressa (non più soltanto limitata entro l’ambito del riparto di competenze legislative Stato-Regioni¹) del principio della tutela dell’ambiente, degli ecosistemi e della biodiversità, con un riferimento esplicito all’interesse delle future generazioni, che certamente si colloca

*Il presente lavoro riprende, sviluppa e aggiorna l’intervento programmato tenuto in occasione della seconda sessione del Convegno Internazionale di studi “Ambiente, sostenibilità e principi costituzionali” (Università degli studi di Salerno – 1, 2 e 3 dicembre 2022), destinato, nella sua forma originaria, alla pubblicazione degli Atti.

¹ Il riferimento è, chiaramente, all’art. 117, 2° comma, lett. s), Cost., che – introdotto dalla legge cost. 3/2001 si riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione – configura la tutela dell’ambiente, dell’ecosistema e dei beni culturali come una materia oggetto di potestà legislativa esclusiva dello Stato. Sul tema specifico, v. A. VUOLO, *L’ambiente e il problematico assetto delle competenze tra Stato e Regioni*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 3/2021, pp. 1-15.

nel contesto della nuova stagione del “costituzionalismo ambientale”²; in secondo luogo, *nel metodo*, giacché, per la prima volta nella storia costituzionale italiana, è stata direttamente modificata una disposizione collocata nel quadro dei *Principi fondamentali* (artt. 1-12 Cost.), il che – come si vedrà nel prosieguo della trattazione – ci induce ad interrogarci sulla natura del rapporto tra principi fondamentali e principi supremi ai fini della configurabilità dei limiti impliciti alla revisione costituzionale e, in ultima istanza, a porre il problema dell’*an* di una riforma che investa i principi fondamentali della Carta costituzionale.

Sotto il primo profilo, la riforma costituzionale recentemente approvata si inquadra – sebbene, com’è stato osservato, con considerevole ritardo³ – nel contesto del costituzionalismo ambientale che, pur non potendo considerarsi in termini univoci, mostra – come linea di tendenza – una crescente attenzione dei documenti costituzionali, specie in Europa e in America Latina, ai valori della protezione dell’ambiente, dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale. In tal modo, riprendendo l’efficace categorizzazione recentemente proposta da Domenico Amirante⁴, “la nostra Costituzione è transitata dal gruppo delle ‘costituzioni silenziose’ (circa il venti per cento delle costituzioni mondiali) a quello delle ‘costituzioni ambientali revisionate’ (circa il diciassette per cento), a fronte di una maggioranza di ‘costituzioni ambientali’ che, sin dalla loro formulazione originaria, in quanto di più recente entrata in vigore, esprimono tra i loro principi anche la tutela dell’ambiente”⁵.

Entro questa linea di tendenza generale, la comparazione costituzionale⁶ offre, come si accennava, un quadro variegato, atteso che, a fronte di (poche) Costituzioni

² Su tutti, cfr. D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l’Antropocene*, Il Mulino, Bologna, 2022.

³ V. D. AMIRANTE, *La reformette dell’ambiente in Italia e le ambizioni del costituzionalismo ambientale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2/2022, pp. 5-14.

⁴ D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l’Antropocene*, cit., in particolare pp. 90-92.

⁵ Così A. LAMBERTI, *Ambiente, sostenibilità e principi costituzionali: questioni aperte e prospettive alla luce della legge cost. 1/2022*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 3/2022, p. 4.

⁶ Su cui, v., tra gli altri, F. FRACCHIA, *Il diritto ambientale comparato*, in *Federalismi.it*, 7/2017, pp. 1-68; L. CUOCOLO, *Dallo Stato liberale allo “Stato ambientale”. La protezione dell’ambiente nel diritto*

che riconoscono l'ambiente in termini meramente soggettivi (cioè configurando un diritto soggettivo fondamentale all'ambiente salubre⁷), vi sono ordinamenti che accolgono a livello costituzionale il valore dell'ambiente sia nella sua connotazione soggettiva che nella sua connotazione oggettiva (e cioè di tutela dell'ambiente in quanto tale)⁸.

Differente, poi, è l'impostazione, che risente dell'influenza delle culture tradizionali andine, di alcuni ordinamenti latinoamericani, improntati al costituzionalismo del *Buen Vivir*⁹ (su tutti, Ecuador e Bolivia): in essi la tutela dell'ambiente naturale e la responsabilità intergenerazionale si saldano alla protezione dei diritti culturali delle popolazioni indigene (al punto che si è parlato, non a caso, di una "etnicità ecologica"¹⁰), nella prospettiva di un modello culturale fondato su una visione dell'esistenza dignitosa della persona, in armonia con la comunità e con la natura (vissuta come alternativa sia alla globalizzazione neoliberale sia alle stesse concezioni dominanti euro-atlantiche di sviluppo sostenibile).

Non si può trascurare, inoltre, la rilevanza assunta – ormai da tempo – dalla tutela dell'ambiente nel diritto internazionale ed europeo. Non sfugge, a mero titolo esemplificativo, che la legge costituzionale 1/2022 sia venuta a cadere proprio nel cinquantesimo anniversario della Dichiarazione di Stoccolma delle Nazioni Unite sull'ambiente umano, che per prima tematizzò l'"ambiente umano" come sintesi dell'elemento naturale/ecologico e di quello sociale.

costituzionale comparato, in *DPCE Online*, 2/2022, pp. 1071-1084; M. CARDUCCI, *Percorsi comparativi di diritto e politica nell'emergenza climatica*, in www.cedeuam.it, pp. 1-483.

⁷ Cfr. art. 23, 3° comma, n. 4 della Costituzione del Belgio; art. 35, 1° comma, della Costituzione della Romania; art. XXI, 1° comma, della Costituzione dell'Ungheria

⁸ V., a titolo esemplificativo, gli artt. 5-67-72 della Costituzione slovena; artt. 9-66-90 della Costituzione portoghese; artt. 5-74-86 della Costituzione polacca; v. anche, nell'ordinamento francese, la *Charte de l'environnement*, che, a seguito della legge cost. 205/2005, è stata richiamata nel Preambolo della Costituzione, sicché rientra nel c.d. *bloc de constitutionalité* di talché le sue disposizioni integrano un parametro di legittimità costituzionale.

⁹ Cfr. S. BALDIN, *Il "buen vivir" nel costituzionalismo andino. Profili comparativi*, Giappichelli, Torino, 2019; v. anche G. CHIOLA, *La Costituzione ambientale in Italia: un tentativo di costituzionalizzare il diritto della natura oppure un problematico rafforzamento dei riconoscimenti esistenti?*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 2/2022.

¹⁰ V. M. CARDUCCI, *Nomos, Ethnos e Kthonos nel processo: verso il tramonto del bilanciamento? Spunti dal dibattito latinoamericano*, in *Federalismi.it*, Focus America Latina 1/2014, pp. 1-24.

Ma, invero, è soprattutto la valenza acquisita dalla protezione ambientale nel diritto euro-unitario (sebbene manchi, nei Trattati, “qualsiasi riferimento alle categorie dell’ecologia”¹¹) ad aver influenzato, com’è agevole intuire, l’ordinamento italiano, sol se si pensi all’art. 3 del Trattato sull’Unione Europea (TUE), che – nel porre gli obiettivi dell’Unione – include lo “sviluppo sostenibile” (principio già inserito nel Trattato CE ad opera del Trattato di Amsterdam), il cui pilastro ecologico è rappresentato da “un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell’ambiente” (par. 3). Obiettivo, questo, che ispira l’Unione anche nella sua proiezione esterna, cioè “nelle relazioni con il resto del mondo” (par. 5), contribuendo essa – *inter alia* – allo “sviluppo sostenibile della Terra” (come si evince più compiutamente, altresì, dall’art. 21 TUE, in particolare dal riferimento alla cooperazione per favorire lo “sviluppo sostenibile dei paesi in via di sviluppo sul piano economico, sociale e ambientale”, di cui al par. 2, lett. d).

Principio – quello dello sviluppo sostenibile – che è transitato nell’ordinamento italiano nell’art. 3-quater del codice dell’ambiente (d.lgs. 152/2006) e che adesso avrebbe acquisito un rilievo costituzionale implicito alla luce del combinato disposto dei novellati articoli 9 e 41 Cost. (in considerazione sia del richiamo all’interesse delle future generazioni sia dell’indirizzo e coordinamento dell’attività economica ai fini sociali e ambientali)¹².

Né, ancora, continuando con una minima rassegna, può essere sottaciuta l’importanza dell’art. 11 TFUE, il quale, nell’affermare che “le esigenze connesse con la tutela dell’ambiente devono essere integrate nella definizione e nell’attuazione delle politiche e azioni dell’Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile”, non soltanto rafforza la portata della

¹¹ M. MONTEDURO, *Riflessioni sulla ‘primazia ecologica’ nel moto del diritto europeo*, in AA.VV., *La riforma costituzionale in materia di tutela dell’ambiente*, Atti del convegno AIDAMBIENTE, 28 gennaio 2022, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 247, che si riferisce alla mancanza di lemmi come “ecosistema”, “ecologico”, “biodiversità”, “specie”...

¹² Per questa tesi, v. A. LAMBERTI, *Ambiente, sostenibilità e principi costituzionali: questioni aperte e prospettive alla luce della legge cost. 1/2022*, cit., p. 18.

norma di scopo dell'art. 3 TUE (in relazione all'obiettivo dello sviluppo sostenibile), ma – soprattutto – enuncia il c.d. “principio di integrazione”¹³.

Se, certamente, la legge costituzionale n. 1/2022 finalmente va a collocarsi in questo contesto diffuso, non si può non ricordare che la tutela dell'ambiente rappresenta un patrimonio consolidato della legislazione italiana e, per quel che più direttamente ci interessa, della giurisprudenza costituzionale¹⁴. Ci si è interrogati, per questo, sulla stessa portata complessiva della riforma, sostenendosene la natura ora di “revisione-bilancio” ora di “revisione-programma”¹⁵: da una parte, quindi, è stata sottolineata la continuità di fondo con le consolidate acquisizioni della giurisprudenza costituzionale¹⁶ (sia per quanto riguarda la tutela dell'ambiente in sé sia per quanto concerne la configurazione della salute e dell'ambiente come limiti alla libertà di iniziativa economica privata); dall'altra¹⁷, invece, è stata evidenziata la portata innovativa sia del richiamo all'interesse delle future

¹³ Per ulteriori approfondimenti, cfr. M. MONTINI, *Ordinamento dell'Unione Europea*, in S. NESPOR – L. RAMACCI (a cura di), *Codice dell'Ambiente. Profili generali e penali*, Giuffrè, Milano, 2022, pp. 118-120.

¹⁴ Sul tema, v., tra gli altri, M.S. GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi aspetti giuridici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1973, pp. 15 ss.; M. ARENA, *L'Ambiente territorio come bene oggetto di tutela giuridica e la sua proiezione costituzionale*, in *Il Foro napoletano*, 1981, pp. 241 ss.; B. CARAVITA, *Diritto pubblico dell'ambiente*, Il Mulino, Bologna, 1990; A. GUSTAPANE, *Tutela dell'ambiente: a) diritto interno*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1992, XLV; M. CECCHETTI, *Rilevanza costituzionale dell'ambiente e argomentazioni della Corte*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1994, pp. 252.; ID., *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2000; D. PORENA, *La protezione dell'ambiente tra Costituzione italiana e “Costituzione globale”*, Giappichelli, Torino, 2008; B. CARAVITA, L. CASSETTI, A. MORRONE, *Diritto dell'ambiente*, Il Mulino, Bologna, 2016, in particolare cap. I; D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Giappichelli, Torino, 2018.

¹⁵ L'impiego di queste formule non è nuovo alla dottrina italiana, che ha anche attinto alla dicotomia “costituzioni-bilancio” / “costituzioni-programma” propria del dibattito del costituzionalismo socialista (e sovietico in particolare). Sull'impiego di queste categorie teoriche, nella letteratura gius-pubblicistica italiana, si veda G. SILVESTRI, *Spunti di riflessione sulla tipologia e sui limiti della revisione costituzionale*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Giuffrè, Milano, 1987, in particolare pp. 1187-1189.

¹⁶ Dubita che si possa ravvisare, invero, una univocità di orientamento della giurisprudenza costituzionale G. L. CONTI, *Note minime sulla sopravvivenza dei valori ambientali alla loro costituzionalizzazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2022, pp. 194 ss.

¹⁷ Insiste, in particolare, sul carattere performativo della riforma costituzionale, prodromico ad un “nuovo contratto sociale”, A. MORRONE, *L'“ambiente” nella Costituzione. Premesse di un nuovo “contratto sociale”*, in AA.VV., *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, cit., pp. 91-121. Ricorre alla categoria di “costituzionalismo trasformativo” V. BALDINI, *Dinamiche della trasformazione costituzionale*, Cacucci, Bari, 2023, pp. 170 ss.

generazioni sia del novellato art. 41, comma 3, Cost., che potrebbe aprire la strada ad inedite forme di programmazione economica, settoriale e generale, per orientare la transizione ecologica.

A ben vedere, più che di una alternativa secca tra le due prospettive, si dovrebbe parlare di una “convivenza” tra “bilancio” e “programma” nella legge cost. 1/2022. Certamente, in primo luogo, la natura di “revisione-bilancio” non può essere negata, in considerazione dell’*acquis constitutionnel*¹⁸ in materia ambientale, al punto che – si è sostenuto opportunamente – una revisione dell’art. 9 Cost., quale disposizione collocata nei principi fondamentali, sarebbe stata decisamente impraticabile se non vi fosse stata una consolidata giurisprudenza costituzionale a monte¹⁹. In secondo luogo, parimenti indiscutibile è la natura di “revisione-programma” (sicché certamente non può parlarsi, come pure talora si è asserito, di una revisione “inutile”²⁰), atteso che l’inedito richiamo all’interesse delle generazioni future apre a nuove, delicate, prospettive e declinazioni dello stesso

¹⁸ Cfr. E. DI SALVATORE, *Brevi osservazioni sulla revisione degli artt. 9 e 41 della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2022, p. 2.

¹⁹ V. 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*, 15/2022, pp. 121-143.

La giurisprudenza costituzionale, infatti, aveva da tempo riconosciuto la riconducibilità della tutela ambientale al quadro dei valori scolpiti nella Costituzione, in particolare alla luce del combinato disposto degli artt. 9 e 32 della Costituzione (a partire, quindi, da una ‘soggettivizzazione’ dell’ambiente, nella prospettiva della configurazione di un diritto fondamentale dell’individuo all’ambiente salubre). In particolare, “le note sentenze nn. 210 e 329 del 1987 avevano (...) ascritto l’ambiente, come bene immateriale, ai diritti fondamentali della persona, rintracciandone il fondamento costituzionale entro il prefigurato sistema di valori (e, in particolare, nei citati artt. 9 e 32, interpretati sistematicamente). E non è certamente un caso, anzi, che la Corte costituzionale, nella sent. n. 210/1987, abbia configurato la salvaguardia dell’ambiente alla stregua di un ‘diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività’, riprendendo la formulazione che l’art. 32 Cost. impiega in relazione alla tutela della salute. E, sempre nel 1987, con la sentenza n. 641, la Corte aveva enunciato il principio in base al quale l’ambiente ‘è protetto come elemento determinativo della qualità della vita. La sua protezione non persegue astratte finalità naturalistiche o estetizzanti, ma esprime l’esigenza di un habitat naturale nel quale l’uomo vive ed agisce e che è necessario alla collettività e, per essa, ai cittadini, secondo valori largamente sentiti; è imposta anzitutto da precetti costituzionali (artt. 9 e 32 Cost.), per cui esso assurge a valore primario ed assoluto’ (un’assolutezza, però, che non va affatto intesa, come si vedrà con la sentenza n. 85/2012, quale primazia gerarchica ‘tirannica’). Così A. LAMBERTI, *Ambiente, sostenibilità e principi costituzionali: questioni aperte e prospettive alla luce della legge cost. 1/2022*, cit., pp. 6-7.

²⁰ V. G. DI PLINIO, *L’insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell’ambiente*, in *Federalismi.it*, 1° luglio 2021, pp. 1-8.

principio di solidarietà²¹, senza contare il dato innovativo, prima ricordato, dell’inserimento dei “fini ambientali” (accanto ai “fini sociali”) nell’art. 41, comma 3, Cost., che si pone come “causa fondante della ri-espansione del ruolo statale nell’economia”²².

Ed è questa norma costituzionale, in particolare, che potrà ‘guidare’ la legislazione futura, legittimando nuove forme di politica industriale ‘ecologicamente orientate’, anche in termini di programmazione economica, settoriale e generale, affinché la nuova economia della transizione ecologica non sia lasciata soltanto al libero giuoco delle forze di mercato²³, ma sia indirizzata e coordinata in una maniera tale

²¹ Non a caso, tra le varie proposte di legge costituzionale presentate nelle precedenti legislature, non erano mancate quelle di modifica dello stesso art. 2 Cost., integrando i doveri di solidarietà politica, economica e sociale alla luce della “solidarietà intergenerazionale”. Sul principio di responsabilità intergenerazionale, v. *amplius* R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Franco Angeli, Milano, 2008, *passim*.

²² Cfr. F. DE LEONARDIS, *La riforma “bilancio” dell’art. 9 Cost. e la riforma “programma” dell’art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in *Aperta contrada*, 28 febbraio 2022, p. 11.

²³ In relazione all’ordinamento euro-unitario, M. MONTEDURO, *Riflessioni sulla ‘primazia ecologica’ nel moto del diritto europeo*, cit., p. 255, ha messo in luce le “tensioni tra i fermenti del Green Deal e il radicato assetto ‘costituzionale’ della UE” (fondato sulle quattro libertà economiche), ritenute paradigmatiche e rivelatrici della dialettica, efficacemente descritta da Jacqueline Morand-Deville, tra *ordre public économique* e *ordre public écologique* (cfr. J. MORAND-DEVILLER, *Ordre public économique, ordre public écologique*, in *Revista de Direito Economico e Socioambiental*, 1/2018, pp. 3 ss.).

Nel dibattito generale, inoltre, si sottolinea sovente che le forze del mercato guardano alla transizione ecologica, il più delle volte, semplicemente come ad una nuova opportunità di profitto, sol se si pensi alle trasformazioni in atto nella finanza globale, che mostra una grande inventiva nella realizzazione di prodotti finanziari *green-oriented*, ma non certo abbandonando le logiche speculative che le sono connaturate. Sulle dinamiche della finanziarizzazione dell’economia, v., in generale, il lavoro, ormai classico, di L. GALLINO, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Einaudi, Torino, 2011. Sul rapporto tra struttura economica e questione ecologica, v. l’acuto volume di J. O’ CONNOR, *La seconda contraddizione del capitalismo. Introduzione a una teoria e storia dell’ecologia*, testo italiano a cura di J. N. BERGAMO ed E. LEONARDI, trad. di G. Roggero, Ombre corte, Verona, 2021: secondo il filosofo ed economista, autore del celebre studio su *La crisi fiscale dello Stato*, occorre muovere dalla “contraddizione tra i rapporti capitalistici di produzione (e le forze produttive) e le condizioni della produzione capitalistica, ovvero ‘i rapporti e le forze capitalistiche della riproduzione sociale’ ” (p. 45), così da giungere ad una spiegazione della questione ambientale a partire dal “modo in cui il potere combinato dei rapporti capitalistici e delle forze capitalistiche di produzione si autodistruggono, compromettendo o distruggendo le loro stesse condizioni invece di riprodurle” (ricorrendo alle tre categorie marziane di “condizioni fisiche esterne”, “forza lavoro” e “condizioni comunitarie” in cui sarebbero impliciti i concetti di spazio e di ambiente sociale). La finanziarizzazione come possibile ‘realtà nascosta’ della transizione ecologica può essere letta entro la prospettiva dei cicli di “accumulazione finanziaria” nell’ambito delle teorie

da assicurare un armonico contemperamento con (e tra) le esigenze di tutela ambientale e i “fini sociali”, su tutti la tutela del lavoro.

In altre parole, il novellato art. 41, comma 3, Cost. – norma così sottratta all’oblio della storia costituzionale, sol se si consideri che taluni autori ne avevano sostenuto finanche l’implicita abrogazione alla luce del diritto comunitario²⁴ – può rappresentare un efficace argine, se correttamente attuato, di fronte ai rischi di una schumpeteriana “distruzione creatrice” che taluni fautori del nuovo capitalismo *green* hanno di mira²⁵.

Al di là di queste considerazioni introduttive, la questione su cui si intende riflettere più compiutamente attiene al secondo aspetto che, come si evidenziava in apertura, rende “epocale” questa legge costituzionale: vale a dire, la circostanza che, per la prima volta nella storia italiana, il legislatore costituzionale è intervenuto nel modificare una disposizione, quale è l’art. 9 Cost., che trova collocazione nell’ambito dei *Principi fondamentali*.

Non si tratta, invero, di una discussione “oziosa” – come pur qualcuno ha detto²⁶ – né tantomeno di una questione di “etichette” costituzionali, atteso che ci troviamo innanzi al problema dell’identificazione del nucleo indisponibile della Costituzione. Se è vero che, come ricordava Marx nel celebre scritto sui furti di

del sistema-mondo (che, secondo la lezione di Immanuel Wallerstein e Giovanni Arrighi, mettono insieme l’economia marxista con la tradizione storiografica della *longue durée* di Braudel e della *Ecole des Annales*): per una interessante rilettura della questione ecologica alla luce di siffatto paradigma, v. J. W. MOORE, *Ecologia-mondo e crisi del capitalismo. La fine della natura a buon mercato*, testo italiano a cura di G. AVALLONE, Ombre corte, Verona, 2015. Cfr. anche, infine, G. NEBBIA, *La Terra brucia. Per una critica ecologica del capitalismo*, Jaca Book Editore, Milano, 2020 e D. CHAKRABARTY, *Clima, Storia e Capitale*, testo italiano a cura di M. De Giuli e N. Porcelluzzi, Nottetempo, Roma, 2021.

²⁴ V. F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2000, *passim*.

²⁵ Sullo sfondo vi è la controversa questione del *Great Reset*, su cui, in prospettiva fortemente critica, v. G. PRETEROSSO, *The Great Reset: una nuova rivoluzione passiva*, in *La Fionda*, 1° febbraio 2021. Colgono (e contestano) la progressiva emersione di un Leviatano climatico, tendenzialmente globale e vettore di una regolazione guidata dalle *élite* tecno-finanziarie, G. MANN – J. WAINWRIGHT, *Il nuovo Leviatano. Una filosofia politica del cambiamento climatico*, trad. it., Treccani, Roma, 2019.

²⁶ E. DI SALVATORE, *Brevi osservazioni sulla revisione degli artt. 9 e 41 della Costituzione*, cit., p. 5, nota 6.

legna, “la forma non ha valore se non è forma del contenuto”²⁷, è altrettanto certo, parafrasando il filosofo di Treviri, che “un contenuto non è tale se non ha una determinata forma”. In buona sostanza, un’analisi della legge costituzionale 1/2022 non può limitarsi a ricostruirne i profili contenutistici (come si è, appena sinteticamente, tentato *supra*), ma deve investire il profilo formale o, se si vuole, il metodo della riforma, questionando – in ultima istanza – l’an stesso della revisione costituzionale *de qua*.

Gli effetti di una revisione costituzionale del tipo di quella operata dalla legge cost. 1/2022, infatti, non sono certamente ricognitivi o dichiarativi, ma producono un grande impatto sull’ordinamento: “il rafforzamento dell’interpretazione sistematica, la possibilità di integrare con maggior solidità il parametro di legittimità costituzionale delle leggi, il peso ‘rinforzato’ dei valori (ambientali) nel bilanciamento costituzionale, la configurazione di un (nuovo) ‘controlimite’ rispetto al diritto di derivazione sovranazionale ed internazionale, la stessa acquisizione di una maggiore certezza del diritto (che un riconoscimento in via esclusivamente giurisprudenziale non determina)”²⁸.

Senza contare che, sia pur in senso additivo, la modifica di un principio fondamentale della Carta costituzionale è “pur sempre una modifica: è la modifica additiva non è, in quanto tale, di per sé innocua o innocente”, giacché “l’inserimento di un nuovo valore nella casa dei principi fondamentali costringe (...) tutti gli altri a stare più stretti: in altre parole, l’emersione di un nuovo valore in potenziale conflitto con gli altri limita, non c’è dubbio, la capacità espansiva di questi ultimi”²⁹. Se questo avvenga o meno nel caso di specie, lo vedremo a breve.

2. Il problema dei limiti impliciti alla revisione costituzionale. Tra antichi dilemmi teorici e nuove questioni interpretative.

²⁷ K. MARX, *Dibattiti sulla legge contro i furti di legna*, in ID., *Le discussioni del sesto Landtag delle province renane* (1842), trad. it. di V. Piva, Mongini editore, Roma, 1899, ricordato da A. CARRINO, *Weimar. Critica di una costituzione*, Mimesis, Milano, 2021, pp. 199-200.

²⁸ Cfr. A. LAMBERTI, *Ambiente, sostenibilità e principi costituzionali: questioni aperte e prospettive alla luce della legge cost. 1/2022*, cit., p. 5.

²⁹ D. PORENA, *Anche nell’interesse delle generazioni future”. Il problema dei rapporti intergenerazionali all’indomani della revisione dell’art. 9 della Costituzione*, cit., p. 126.

Giunti a questo punto, allora, dobbiamo interrogarci sulla portata della riforma operata dalla legge cost. 1/2022 in relazione alla questione del rapporto tra principi fondamentali e principi supremi ai fini della configurabilità dei limiti impliciti alla revisione costituzionale³⁰.

Com'è noto, l'art. 139 Cost. contiene un solo limite esplicito alla revisione, dichiarando la "forma repubblicana" insuscettibile di revisione costituzionale. Una norma, questa, fortemente voluta, in Assemblea Costituente, tanto dalle sinistre quanto dai democristiani di area dossettiana, nel timore di un ritorno della monarchia³¹.

Già tra i Costituenti, inoltre, era emersa la volontà di rafforzare i limiti alla revisione costituzionale, in particolare a presidio dei diritti e delle libertà fondamentali: sul punto, Calamandrei, in un intervento nel corso della seduta del 4 marzo 1947, esprimeva – con echi giusnaturalistici – il convincimento che la stessa immutabilità proposta per la forma repubblicana dovesse essere dichiarata anche per le norme "che consacrano diritti di libertà", quali diritti indisponibili ad ogni maggioranza e alla stessa legge costituzionale, in quanto preesistenti alla stessa Costituzione. Ne era derivata la proposta di Lodovico Sforza Benvenuti di introdurre un art. 130-bis – condiviso nella sostanza ma alla fine respinto per i dubbi interpretativi che erano emersi nella discussione – il quale affermava che le disposizioni costituzionali che riconoscono e garantiscono diritti di libertà, in quanto rappresentino l'inderogabile fondamento per l'esercizio della sovranità popolare, non potessero essere oggetto di procedimenti di revisione costituzionale tendenti a misconoscere o a limitare tali diritti, ovvero a diminuirne le guarentigie. Che l'art. 139 Cost., nella sua stringatezza, si limiti a dichiarare la "forma repubblicana" insuscettibile di revisione costituzionale non impedisce affatto, come ci insegnano consolidate letture dottrinali, di ritenere che sussistano anche dei

³⁰ Su tale questione, v. anche M. LADU, *Oltre l'intangibilità dei principi fondamentali: la revisione 'silenziosa' dell'art. 9 Cost.*, in *Federalismi.it*, 1/2023, pp. 39 ss.

³¹ V. l'intervento di Palmiro Togliatti nella seduta del 29 novembre 1946, in *La costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Roma, 1976, VI, p. 738. Cfr. anche gli interventi di Giuseppe Dossetti, *ivi*, cit., p. 741, e di Aldo Moro, *ivi*, cit., p. 743

“limiti impliciti”, riscontrabili nel quadro dei principi supremi dell’ordinamento costituzionale.

Già Costantino Mortati, nelle *Istituzioni di diritto pubblico*, riprendendo chiare suggestioni schmittiane, poteva sostenere che la revisione costituzionale, diversamente dalla costituzione, non potesse essere considerata un’attività originaria, bensì *derivata*, non costituente ma *costituita*, traendo i propri poteri dalla costituzione e muovendosi entro i limiti da essa fissati. Ne seguiva che “un mutamento totale della costituzione che ne sovvertisse lo spirito informatore non potrebbe avvenire nella forma della revisione, ma solo attraverso un’instaurazione di fatto, con la creazione di un nuovo ordinamento irriducibile al precedente”³².

Il costituzionalista calabrese, infatti, muovendo dalla prospettiva teorica della costituzione in senso materiale, contestava le concezioni formali – tra cui, in particolare, quella kelseniana³³ –, che “considerano legittimo ogni mutamento che avvenga secondo il procedimento all’uopo prescritto”, per le quali “un problema di limite materiale non sorge, perché o il limite che riveste tale natura viene ricondotto a quello formale, oppure è inteso come limite, anche se assoluto, di carattere politico, e quindi non apprezzabile giuridicamente”³⁴. Al contrario, l’esistenza di limiti materiali (e assoluti) alla revisione costituzionale, giuridicamente rilevanti, è un logico corollario, per il Mortati, della teoria della costituzione materiale, il cui “fine politico fondamentale”³⁵ – presupposto dalla costituzione formale – rappresenta la “fonte prima”³⁶ del diritto statale e fondamento della stessa forma di Stato: conseguentemente, la costituzione materiale si pone come garanzia di

³² C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1962, p. 187.

³³ H. KELSEN, *La garantie constitutionnelle de la constitution*, in *Revue de droit public*, 1928, in particolare p. 200.

³⁴ C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, 1940, rist. anastatica, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 183-184.

³⁵ Sul punto, ha scritto G. ZAGREBELSKY, *Premessa* a C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. XXVIII, che “la politicizzazione del diritto costituzionale si accompagna alla consapevolezza del necessario arricchimento del contenuto materiale della costituzione. Il ‘fine politico’ che, della costituzione materiale, rappresenta lo spirito animatore e, delle forze dominanti, la ragione sociale, non è limitato a questo o quell’ambito. Ogni questione, ogni aspetto della vita collettiva può costituzionalizzarsi, quando diventi terreno di lotta politica per il predominio”.

³⁶ C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 110.

validità della costituzione formale, e, determinando la forma di Stato, fonda i limiti materiali al potere di revisione costituzionale³⁷.

Come emerge nel celebre saggio del '52, quindi, "la Costituzione e la legge di revisione non possono essere assunte quali fonti parallele³⁸, in quanto è dalla volontà della Costituzione che la revisione trae la propria efficacia"³⁹ e, correlativamente, il potere di revisione non può non rispettare i principi essenziali della forma di Stato (risultanti dal fine politico fondamentale della costituzione materiale, sicché "non è tanto all'apprezzamento soggettivo dell'organo costituente che bisogna aver riguardo quanto all'obiettivo valutazione degli elementi componenti la complessiva struttura del regime"⁴⁰).

In fondo, si tratta di una opzione che – sebbene muovendo da presupposti in parte diversi, ma con il comune obiettivo polemico rappresentato dalle concezioni formaliste – aveva già prospettato Carl Schmitt, con la cristallina nettezza che lo caratterizzava, nella *Verfassungslehre*, distinguendo la revisione costituzionale dall'annullamento e dall'abolizione della costituzione. Il giurista di Plettenberg, infatti, sull'assunto della differenza teorica tra Costituzione e legge costituzionale⁴¹ (che si rende necessaria in virtù dell'accolta nozione positiva di costituzione come decisione fondamentale del titolare del potere costituente sulla specie e la forma dell'unità politica), aveva sottolineato che "un potere di modificare la costituzione, concesso con normativa legislativa costituzionale, significa che singole o più

³⁷ Per l'A., cioè, "discende dalla funzione" stessa della costituzione "l'esistenza di un limite assoluto alla sua modificabilità" (C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 185). Per ulteriori approfondimenti, v. F. LANCHESTER (a cura di), *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*. Atti del convegno, Roma – 14 dicembre 2015, Cedam, Padova, 2017.

³⁸ Ha scritto, di recente, G. FONTANA, *La Costituzione e gli atti normativi equiparati*, in AA.VV., *Gli atti normativi*, vol. V del *Trattato di diritto costituzionale*, a cura di M. Benvenuti e R. Bifulco, Giappichelli, Torino, 2023, p. 92, che "sotto un profilo eminentemente logico e semantico (...) la nozione stessa di revisione, presupponendo il mantenimento in vita della costituzione, offre la giustificazione logica di taluni limiti, la cui inosservanza trasformerebbe l'attività di revisione nell'attivazione di un nuovo potere costituente, volto all'instaurazione rivoluzionaria di un altro e diverso ordine costituzionale".

³⁹ C. MORTATI, *Concetto, limiti e procedimento della revisione costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952, p. 29.

⁴⁰ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1976, p. 1242.

⁴¹ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlino, 1928, trad. it. *Dottrina della Costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 44 ss.

discipline legislative costituzionali possono essere sostituite da altre, ma solo nel presupposto che l'identità e la continuità della costituzione nella sua interezza rimangano garantite. Il potere di revisione della costituzione contiene quindi solo il potere (...) di apportare modifiche, aggiunte, completamenti, cancellazioni, ecc., ma non il potere di dare una nuova costituzione, e nemmeno il potere di modificare, ampliare o sostituire il fondamento proprio di questa competenza alle revisioni della costituzione (...)"⁴².

Per Schmitt, segnatamente, l'obiettivo polemico era rappresentato dal "concetto relativo di Costituzione", che affermava l'equiparazione (inaccettabile) di Costituzione e legge costituzionale: se la costituzione è la decisione politica fondamentale del titolare del potere costituente sulla specie e la forma dell'unità politica, allora esiste una gerarchia sostanziale nell'ambito delle stesse norme costituzionali. Applicando questo discorso alla *Reichsverfassung* weimariana, la frase dell'art. 1, comma 1, RV ("Il Reich tedesco è una repubblica") e la frase dell'art. 129 ("L'impiegato pubblico ha il diritto di prendere conoscenza del suo fascicolo personale") – che, secondo un approccio formalista, sono entrambe "norme fondamentali" – si caratterizzano, evidentemente, per una forza normativa differente (atteso che la prima, non certo la seconda, esprime la decisione politica fondamentale sulla specie e la forma dell'unità politica); al contrario, "è ovvio che con una simile formalizzazione non certo ogni singola disposizione assume carattere fondamentale, mentre invece le vere disposizioni fondamentali vengono abbassate al grado delle particolarità legislative costituzionali"⁴³.

⁴² Ivi, p. 145. Il giurista di Plettenberg, più avanti, nel ribadire la propria tesi della necessaria distinzione tra costituzione e legge costituzionale, cita alcuni casi in cui sono espressamente vietate modifiche costituzionali che violino lo spirito e i principi della costituzione (come il paragrafo 112 della Costituzione norvegese del 17 maggio 1814, che espressamente vietava revisioni costituzionali che alterassero "lo spirito della costituzione presente").

⁴³ Ivi, p. 27. Conseguentemente, "con la relativizzazione della costituzione in legge costituzionale e la formalizzazione della legge costituzionale l'importanza obiettiva della costituzione passa decisamente in secondo piano (...). Durata e stabilità della costituzione si riducono al fatto che le formalità di un articolo della costituzione sulle modificazioni della costituzione – per la costituzione di Weimar quelle dell'art. 76 cost. – devono essere rispettate. Se questo fosse veramente il concetto definitivo di costituzione, allora la disposizione sulle modificazioni della costituzione, per la costituzione di Weimar quindi l'art. 76, sarebbe il nocciolo essenziale e l'unico contenuto della costituzione. L'intera costituzione sarebbe soltanto un che di provvisorio

Pertanto, la distinzione teorica tra costituzione e legge costituzionale ha, come suo primo corollario⁴⁴, proprio la modificabilità delle singole leggi costituzionali, ma non della costituzione nel suo complesso, e – quindi – dei principi della forma di Stato espressione della decisione politica fondamentale del titolare del potere costituente.

Chiarissime distinzioni teoriche, quelle schmittiane tra costituzione e legge costituzionale e, correlativamente, tra annullamento e revisione della costituzione, che, dall'altra parte, avevano attirato gli strali di Franz Neumann, il quale aveva colto che, in tal modo, una riforma "totale" della Costituzione sarebbe stata possibile soltanto con la rivoluzione: era, questa, a ben vedere, la preoccupazione di un giurista socialdemocratico fedele allo spirito di Weimar (come rivela anche la polemica con Kirchheimer⁴⁵) – comprensibile storicamente, alla luce del clima politico infuocato della Germania di quegli anni – che una simile prospettiva teorica potesse legittimare le (crescenti) forze politiche e sociali che non si riconoscevano nella *Reichsverfassung* non già a limitarsi ad un impegno per la revisione della Costituzione, ma ad operare per rovesciarla.

Muovendoci, allora, lungo il *fil rouge* che, pur nelle differenze, lega Schmitt a Mortati e alla dottrina italiana successiva, si può affermare che la revisione costituzionale "non si risolve nel rovesciamento dell'ordine costituzionale solo a

e in effetti soltanto una legge in bianco, che verrebbe ogni volta riempita a seconda delle disposizioni sulle modificazioni della costituzione" (ivi, pp. 35-36).

⁴⁴ Ivi, pp. 44 ss.

⁴⁵ Il socialista Neumann, riconosceva, infatti, la novità di sistema della Costituzione di Weimar, e specificamente della sua parte V, invocando, non diversamente da Heller, un *sozialen Rechtsstaat* come superamento dello stato di diritto borghese; di qui, non soltanto la critica nei confronti dei giuristi conservatori (protesi ora a negare o ridimensionare la portata innovativa dei contenuti sociali della Costituzione di Weimar, ora a contestarne la natura di "compromesso dilatorio") ma anche il suo accorato invito alla dottrina giuspubblicistica socialista ad intraprendere il necessario sforzo per interpretare concretamente e sviluppare il contenuto sociale positivo della seconda parte della Costituzione di Weimar. "Quando Kirchheimer, nel titolo della sua opera (...) pone l'interrogativo: *Weimar: und was dann?* (ndr, Weimar: e poi?), la risposta potrebbe suonare solo così: intanto Weimar!" (F. NEUMANN, *Il significato sociale dei diritti fondamentali nella Costituzione di Weimar*, in ID., *Il diritto del lavoro tra democrazia e dittatura*, Il Mulino, Bologna, 1983, pp. 138-139)

condizione che ne conservi l'identità, e cioè ne rispetti i principi fondamentali"⁴⁶. Conseguentemente, applicando questa prospettiva teorica all'ordinamento italiano, rivedere la forma repubblicana in spregio dell'art. 139 Cost. (e dei principi supremi che caratterizzano la forma di Stato) significherebbe, riprendendo Pizzorusso, "dar vita ad un fatto rivoluzionario, ad un colpo di Stato, sia esso attuato con mezzi e modi pacifici o violenti"⁴⁷, cioè proprio a quella "instaurazione di fatto" di cui aveva parlato, come si è visto, il Mortati⁴⁸.

È sulla base di questi presupposti teorici che, a ben vedere, possiamo comprendere il celebre *obiter dictum* della sentenza 1146/1988 della Corte costituzionale, che individua nei *principi supremi* della Costituzione dei limiti alla revisione costituzionale⁴⁹, principi – questi – che, per l'appunto, "non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali", tali essendo sia quelli che la Costituzione stessa prevede espressamente come limiti assoluti al potere di revisione (la forma repubblicana ex art. 139 Cost.) sia quelli che, pur in mancanza

⁴⁶ Così M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 1/2013, p. 4.

⁴⁷ A. PIZZORUSSO, *Art. 139 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 1981, p. 742.

⁴⁸ V. *supra*, nota 33. Invero, una simile concettualizzazione già era stata elaborata da Santi Romano (cfr. S. ROMANO, *Rivoluzione e diritto*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947, ora ripubblicato da Quodlibet, Macerata, 2019, pp. 261-274), in "analogia" a quanto la guerra – *rectius* la guerra-rivoluzione o la guerra costituente, per usare il lessico di Rolando Quadri (R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, V ed., Liguori, Napoli, 1968, pp. 279 ss.) – rappresenta per l'ordinamento internazionale.

⁴⁹ Sul tema, vi è una sterminata letteratura; a titolo esemplificativo, cfr. P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Sui limiti alla revisione costituzionale*, Estratto dagli Annali del Seminario giuridico della Università di Catania, Jovene, Napoli, 1949; G.P. ORSELLO, *Revisione costituzionale e mutamento istituzionale. Note all'art. 139 della Costituzione*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1950, 143 ss.; P. BARILE, *La revisione della Costituzione*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da P. Calamandrei e A. Levi, Barbera editore, Firenze, 1950; C. MORTATI, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952; G. CONTINI, *La revisione costituzionale in Italia*, Giuffrè, Milano, 1965; S. M. CICONETTI, *La revisione costituzionale*, Cedam, Padova, 1972; A. REPOSO, *La forma repubblicana secondo l'art. 139 della Costituzione*, Cedam, Padova, 1972; G. VOLPE, *L'immutabilità della forma repubblicana: un contributo al dibattito sulla riforma delle istituzioni*, in *Scritti in onore di Egidio Tosato*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 256 ss.; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *I principi supremi dell'ordinamento costituzionale e forma di Stato*, in *Diritto e società*, 1996, M. PIAZZA, *I limiti alla revisione costituzionale*, Cedam, Padova, 2002; ID., *Una rilettura dei limiti alla revisione costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 4/2004, pp. 879 ss.; P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità della Costituzione*, Franco Angeli, Milano, 2015.

di previsione esplicita, “appartengono all’essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana”.

Ciò detto, che la Corte costituzionale abbia utilizzato le espressioni “principi supremi” o “valori supremi” rappresenta non certo un vezzo terminologico, ma una testimonianza della non necessaria coincidenza tra principi supremi – oggetto delle disposizioni di cui agli artt. 1-12 Cost. – e principi fondamentali⁵⁰.

Una distinzione, questa, che comporta una conseguenza importante sul piano ermeneutico: i “principi supremi” non sarebbero limitati dalla *sedes materiae* dei principi fondamentali, ma potrebbero essere desunti in via interpretativa anche alla luce delle norme della Parte I e della Parte II della Costituzione (d’altronde, per esempio, non è forse un principio supremo quello della legalità penale – peraltro rivendicato come controlimite⁵¹ nella “saga Taricco”⁵² – pur essendo espresso

⁵⁰ Contra, T. E. FROSINI, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *Federalismi.it*, 23 giugno 2021, p. 2, secondo cui i principi supremi “debbono essere ritenuti i principi fondamentali, quindi quelli previsti dall’art. 1 all’art. 12, che strutturano l’essenza, come forma, dello stato repubblicano. Se non si volessero ritenere supremi i principi fondamentali, espressamente previsti come tali dalla costituzione, allora sarebbero privati di una precisa codificazione costituzionale e quindi andrebbero ritenuti quali meta norme, ovvero meta principi e come tali non potrebbero assurgere a parametro costituzionale”.

⁵¹ Occorre, comunque, ricordare che “nonostante la teoria dei controlimiti e quella dei principi supremi tendano spesso ad essere sovrapposte e confuse, resta il fatto che, a ben vedere, mentre la prima vanta un carattere estroverso, ben diversamente quella sui principi supremi pare caratterizzarsi, invece, per la sua inclinazione introversa. Se la prima afferma il riconoscimento di una sorta di riserva di sovranità dell’ordinamento costituzionale rispetto alla possibile penetrazione di norme appartenenti ad ordinamenti esterni, la seconda si incentra sul riconoscimento di talune norme costituzionali gerarchicamente sovraordinate rispetto alle altre parimenti costituzionali, tali da limitare *intra moenia* la stessa sovranità del popolo italiano in vista della protezione dei diritti fondamentali” (così G. FONTANA, *La Costituzione e gli atti normativi equiparati*, cit., pp. 96-97).

⁵² Sull’ord. 24/2017 e sulla successiva sent. 115/2018, cfr. M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Osservatorio AIC*, 1/2017, pp. 1-11; M. L. FERRANTE, *L’ordinanza della Corte costituzionale sull’affaire Taricco: una decisione ‘diplomatica’ ma ferma*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2017, pp. 1-23; M. BASSINI – O. POLLICINO, *The Taricco Decision: A Last Attempt to Avoid a Clash between EU Law and the Italian Constitution*, in *Verfassungsblog*, 28 gennaio 2017; D. TEGA, *Il tono dell’ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017 e i suoi destinatari: narrowing the dialogue*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 6 marzo 2017; R. BIN, *Taricco: aspettando Godot, leggiamo Yves Bot*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 13 novembre 2017; P. FARAGUNA, *Roma locuta, Taricco finita*, in *diritticomparati.it*, 5 giugno 2018; S. POLIMENI, *Il caso Taricco e il gioco degli scacchi: l’“evoluzione” dei controlimiti attraverso il “dialogo” tra le Corti, dopo la sent. cost. n. 115/2018*, in *Osservatorio AIC*, 2/2018, pp. 1-26; F. FERRARI, «Indipendentemente dalla collocazione dei fatti»: i principî supremi come problema di rigidità costituzionale (in margine al caso Taricco), in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 22 giugno 2018; M. L. FERRANTE, *La sentenza n.*

nell'art. 25, comma 2?). La nozione di "principi supremi", per dirla altrimenti, può includere i principi fondamentali ma non si sovrappone necessariamente con essi.

Ancora, che la Corte costituzionale abbia fatto riferimento al "contenuto essenziale" dei principi supremi non è certamente un caso. Ciò ci induce a ritenere che, se è indubitabile che non possa restringersi il contenuto normativo dei principi fondamentali, un ampliamento del medesimo è praticabile, a patto che non venga alterato "l'equilibrio valoriale su cui poggia il sistema giuridico"⁵³. In altre parole, una modifica in senso ampliativo degli artt. 1-12 Cost. sarebbe possibile, a patto che non si traduca in un "sovvertimento" del contenuto essenziale dei principi supremi medesimi, producendo un'alterazione del quadro dei valori su cui si fonda l'ordinamento.

È evidente, allora, che, nel caso della novella dell'art. 9 Cost. operata dalla legge costituzionale 1/2022, un simile "sovvertimento" non si produce, in quanto, sia nella parte di "revisione-bilancio" (la positivizzazione costituzionale della tutela dell'ambiente, degli ecosistemi e della biodiversità) sia nella parte di "revisione-programma" (l'introduzione del riferimento all'interesse delle future generazioni e la tutela degli animali), non si verifica alcuna alterazione dell'equilibrio dei valori supremi, né, più nello specifico, una dequotazione – pur da alcuni temuta⁵⁴ – del principio costituzionale di tutela del paesaggio, di cui al comma precedente dello stesso art. 9.

Anzi, si può sostenere che il riferimento all'interesse delle future generazioni possa rappresentare – di fronte ai timori di una rottura dell'endiadi paesaggio/ambiente – un valido canone ermeneutico per rafforzare la stessa tutela del paesaggio, valorizzando così l'interdipendenza non soltanto dei primi due commi dell'art. 9

115/2018 con la quale la Corte costituzionale ha posto fine all'affaire Taricco: una decisione ferma ma diplomatica, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2018, pp. 1-29.

⁵³ Così Y. GUERRA, R. MAZZA, *La proposta di modifica degli articoli 9 e 41 Cost.: una prima lettura*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4/2021, p. 122. Nello stesso numero, cfr. M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in particolare pp. 308-309.

⁵⁴ V. G. SEVERINI, P. CARPENTIERI, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'art. 9 della Costituzione*, in *Giustizia Insieme*, 22 settembre 2021. *Contra*, R. BIFULCO, *La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive*, in AA.VV., *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, cit., in particolare pp. 76-77.

Cost. (come il Presidente della Repubblica Ciampi aveva già ammonito in un celebre discorso pronunciato nel novembre 2003), ma anche di questi con il “nuovo” terzo comma. Si potrebbe asserire, allora, che proprio un elemento innovativo, di “revisione-programma” (quale è appunto il riferimento all’interesse delle generazioni future), paradossalmente irrobustisce il radicarsi del valore costituzionale del paesaggio nello “spirito” unitario dell’art. 9⁵⁵.

Ancora, il consolidato riconoscimento del valore costituzionale dell’ambiente antecedentemente alla riforma, ora in virtù di un’interpretazione estensiva della stessa nozione di “paesaggio” ex art. 9 Cost. (secondo l’indimenticata lezione di Alberto Predieri⁵⁶), ora grazie al combinato disposto (assai valorizzato in giurisprudenza, a partire dalle storiche sentenze 210 e 239 del 1988 della Corte costituzionale) degli artt. 9 e 32 Cost., esclude ogni pericolo di alterazione dei principi supremi nel loro contenuto essenziale. Né, d’altronde, la tutela dell’ambiente – nel passaggio giurisprudenziale dalla “soggettivizzazione” all’

⁵⁵ Sul rapporto tra ambiente e paesaggio, v., tra gli altri, L. CARBONE, *Ambiente, paesaggio e beni culturali e ambientali*, in *Federalismi.it*, 7 ottobre 2004.

⁵⁶ Cfr. A. PREDIERI, *Paesaggio*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXI, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 503 ss., e, ancor prima, ID., *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in ID., *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Giuffrè, Milano, 1969, per il quale “il paesaggio come forma sensibile dell’ambiente investe non le sole bellezze con riferimento a criteri estetici, ma ogni preesistenza naturale, l’intero territorio, la flora, la fauna, in quanto concorrono a costituire l’ambiente in cui vive ed agisce l’uomo”. Cfr. anche F. MERUSI, *Art. 9*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1975.

A. MORRONE, *L’“ambiente” nella Costituzione. Premesse di un nuovo “contratto sociale”*, cit., pp. 93-94, mette in luce i punti di continuità e di discontinuità tra la lezione di Predieri e gli studi di Caravita (in particolare, cfr. B. CARAVITA, *Costituzione, principi costituzionali e tecniche di normazione per la tutela dell’ambiente*, in S. GRASSI – M. CECCHETTI – A. ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto*, I, Leo S. Olschki, Firenze, 1999, pp. 175 ss.): “se lo scopo di Predieri è stato superare il dualismo tra ‘paesaggio’ (bellezze naturali) e ‘urbanistica’ (assetto razionale delle città) nella concezione globale della ‘forma del paese’, allo scopo di estendere le forme di tutela sottese al 9.2 Cost. anche alla seconda funzione, come un altro modo di realizzare il programma sotteso alla ‘rivoluzione promessa’ del 3.2 Cost., l’obiettivo di Caravita è stato soprattutto quello di dare una ‘identità’ all’ambiente, distinguendo gli interessi che insistono sul territorio (urbanistica, paesaggio, ambiente); facendo emergere il contenuto valoriale dell’ambiente, quale presupposto per orientare la legislazione e l’interpretazione, attraverso l’enucleazione di principi di tutela. Se Predieri ci parla di una ‘tutela integrale del paesaggio’, con riferimento all’ambiente Caravita risponde alla domanda ‘quale tutela?’, indicando la garanzia dell’equilibrio ecologico, ossia delle forme di vita, di tutte le esistenze, in una prospettiva personalistica. Accanto al ruolo della politica legislativa, Caravita sottolinea l’importanza della scienza (anche di quella giuridica) e della tecnica, quali strumenti imprescindibili per inverare l’obiettivo della protezione dell’equilibrio ecologico”.

“oggettivizzazione”⁵⁷ – si è atteggiata (né, a maggior ragione, è legittimo che ciò avvenga oggi) alla stregua di un valore assoluto, connotato da chissà quali aspetti di primazia gerarchica. La stessa sentenza della Corte costituzionale sul c.d. caso ILVA (sent. 85/2013) ha escluso – quasi riecheggiando le pagine schmittiane de *La tirannia dei valori*⁵⁸ – la configurabilità di “diritti tiranni”, ché altrimenti si snaturerebbe l’essenza stessa del bilanciamento costituzionale.

3. Alcuni dubbi e alcuni punti fermi da ribadire. Una questione di opportunità?

Ciò detto sulla portata della riforma, e sulla natura dei limiti impliciti alla revisione costituzionale, dal che si è tratta la conclusione che la legge costituzionale 1/2022 non produce alcuna alterazione dei principi supremi nel loro contenuto essenziale, restano da chiarire alcuni punti che aprono alla questione della *opportunità* di una riforma che investa i principi fondamentali della Costituzione.

In altre parole, se dal punto di vista strettamente giuridico, per le ragioni su esposte, non può dubitarsi della legittimità della recente revisione costituzionale, tuttavia non può neppure essere sottovalutata l’opinione di chi, pur muovendo da una diversa impostazione teorica (cioè quella della diretta e immediata equivalenza principi fondamentali/principi supremi, che pure si è respinta per i motivi anzidetti), sottolinea che “anche laddove si volessero modificare i principi fondamentali (*rectius* supremi) per migliorarli, si correrebbe il rischio di creare un pericoloso precedente, che oggi potrebbe valere pure in senso positivo ma domani non potrà essere impedito in senso negativo”; “come dire: se si apre alla modifica dei principi fondamentali si accetta l’idea che questi possono essere comunque cambiati. In senso migliorativo o peggiorativo lo deciderà la maggioranza parlamentare che approverà la riforma”⁵⁹.

In altri termini, quando la riforma è migliorativa si potrebbe anche procedere, “ma aprire una porta ad azioni di questo tipo significherebbe altresì non poterla

⁵⁷ Cfr. G. MARCATAJO, *La riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione e la valorizzazione dell’ambiente*, in *Ambiente Diritto.it*, 2/2022, pp. 1-15.

⁵⁸ C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, trad. it. Adelphi, Milano, 2008.

⁵⁹ T. E. FROSINI, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, cit., p. 2.

chiudere a riforme peggiorative”⁶⁰, il che – evidentemente – può giustificare una certa preoccupazione.

Non manca, invero, chi ritiene che la legge cost. n. 1 del 2022 avrebbe avuto un precedente, *nel metodo*, rappresentato dalla legge cost. 1/1967⁶¹, il cui articolo unico dichiara che l’ultimo comma dell’art. 10 Cost. – norma collocata nei *Principi Fondamentali* – e l’ultimo comma dell’art. 26 non si applicano ai reati di genocidio: tuttavia, questa argomentazione non appare del tutto convincente, in quanto la legge cost. 1/1967 non è intervenuta direttamente nel corpo dell’art. 10 della Carta (a differenza di quanto avvenuto con la novella dell’art. 9 ad opera della legge cost. 1/2022), limitandosi ad integrarne il contenuto, per così dire, *ab externo*, lasciando il testo intatto.

Anzi, più ancora che di integrazione del contenuto dell’art. 10, si può parlare, in verità, a proposito della legge cost. 1/1967, di una mera legge costituzionale “interpretativa”⁶² o, se si vuole, di “interpretazione autentica della Costituzione”⁶³, cioè di “sostanziale precisazione della portata semantica di sintagmi costituzionali”⁶⁴ (il che, peraltro, contribuisce a ridimensionare la circostanza, irrituale e isolata, che detta legge costituzionale seguisse all’iniziativa *esclusiva* del Governo⁶⁵).

Non sfugge, perciò, che, con la revisione costituzionale del 2022, si sia rotto un “tabù costituzionale”⁶⁶, realizzandosi un precedente suscettibile di aprire il varco a nuove revisioni costituzionali con diversi intendimenti.

⁶⁰ Così F. RESCIGNO, *Quale riforma per l’articolo 9*, in *Federalismi.it*, paper, 23 giugno 2021, p. 2.

⁶¹ Cfr. R. BIFULCO, *La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive*, cit., p. 75.

⁶² Così T. GROPPi, *Commento all’art. 138*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, Tomo III, disponibile anche al seguente sito https://www.astrid-online.it/static/upload/protected/GROP/GROPPI-Commento_art_138_Cost.pdf, p. 33 del pdf.

⁶³ Ivi, p. 34.

⁶⁴ Così P. CARNEVALE, *L’art. 138 della Costituzione fra deroghe e applicazioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2018, p. 10, il quale sottolinea che, proprio in considerazione del carattere di interpretazione autentica della legge cost. 1/1967, la revisione costituzionale era del tutto superflua, in quanto sarebbe stata “all’uopo sufficiente una legge ordinaria, atto cui, del resto, compete ordinariamente la funzione di implementazione costituzionale” (ivi, p. 11).

⁶⁵ Ivi, p. 30.

⁶⁶ T. E. FROSINI, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, cit., p. 2.

Ma, allora, stiamo forse cadendo in contraddizione con i presupposti da cui siamo partiti? No, di certo. Occorre, infatti, separare i piani: un conto è, dal punto di vista teorico e dommatico, sostenere che una revisione *in melius* sia possibile, in quanto – appunto – non alteri il quadro dei valori supremi su cui si fonda l'ordinamento; altra cosa è, in concreto, valutare l'opportunità che ciò accada, in relazione alle contingenze storiche e al contesto di riferimento.

Il contesto (anche) istituzionale innanzi al quale ci troviamo è presto descritto: sono lontani i tempi (senz'altro gli anni '60 e '70) in cui le forze politiche e sociali, reggitrici della costituzione materiale mortatiana, si impegnavano, pur tra oscillazioni e ambiguità, per la piena attuazione della costituzione formale; al contrario, il progressivo sgretolamento del sistema politico (che ha visto la nascita della c.d. Seconda Repubblica, mera invenzione giornalistica impiegata per celare la realtà di quel lungo "interregno" senza fine – gramscianamente – in cui siamo piombati), la crisi dei corpi intermedi e lo sfondo dei processi di globalizzazione neoliberale (con gli esiti di "doppio populismo" che ne sono derivati, dal lato del populismo nazionalista e dal lato, più sottile, del populismo tecnocratico delle *elites*) hanno, semmai, dato il via ad una pericolosa stagione di "revisionismo costituzionale"⁶⁷.

Ecco, proprio in tempi di "revisionismo costituzionale", intervenire – sia pur correttamente dal punto di vista giuridico, come si è illustrato – sui principi fondamentali della Carta costituzionale potrebbe essere poco opportuno, nella misura in cui si rischia di creare un *precedente* suscettibile di essere evocato per meno nobili intenti "toccando" gli artt. 1-12 Cost.

È senz'altro vero che, in una simile evenienza, la Corte costituzionale – come si evince dalla ricordata sent. 1146/1988 – potrebbe esercitare il proprio sindacato sulle leggi costituzionali e di revisione costituzionale, vagliandone tanto eventuali vizi formali quanto vizi materiali (e cioè verificando la compatibilità della revisione con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale "nel loro contenuto

⁶⁷ Cfr. G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale. Tornare ai fondamenti*, Laterza, Roma-Bari, 2016, *passim*.

essenziale”), ma non sfugge neppure che una simile eventualità si configuri non solo come remota (avrebbe, cioè, la Corte la possibilità e la forza di intervenire?), ma anche di una tale gravità da integrare un conflitto costituzionale dalla portata difficilmente preventivabile.

Se, quindi, in un futuro più o meno lontano una maggioranza parlamentare dei due terzi (eventualmente anche dello stesso colore politico, il che non sarebbe opzione peregrina, sol se si considerino i meccanismi dell’attuale legge elettorale⁶⁸) approvasse – richiamando il precedente del 2022 – una revisione dei principi fondamentali della Costituzione (per esempio, accostando la tutela dell’impresa a quella del lavoro, così ridimensionando quest’ultima, oppure definendo il cattolicesimo “religione di Stato”), la Corte costituzionale sarebbe in grado di far valere quanto prefigurato dalla sent. 1146/1988?

Ciò proporrebbe, in altri termini, l’antica domanda a chi spetti l’“ultima parola”, se alla Corte o al Parlamento in sede di revisione costituzionale; una questione – sulla quale, invero, non è dato interrogarsi in questa sede – al cui riguardo valgono ancora le parole di Vezio Crisafulli: “alla domanda, spesso ripetuta, a chi spetti l’ultima parola, non saprei dare, nemmeno nel quadro di ciascun singolo ordinamento, una risposta precisa e appagante. O meglio, alla domanda si può dare (...) soltanto una risposta *politica*, sulla base dell’esperienza fattuale, e perciò variabile con il mutare delle circostanze”⁶⁹.

Non è certamente questo il problema posto dalla legge cost. 1/2022 – sia detto nuovamente –, ma è sempre bene tener presente questi scenari, condividendo un necessario senso di ‘prudenza costituzionale’.

Ancora, non possono essere sottaciute ulteriori ragioni a conferma dell’inopportunità di una revisione costituzionale che intervenga a modificare i principi fondamentali. Non sfugge, infatti, il rischio che possano entrare, nella

⁶⁸ Si ricordi, per esempio, che, alla vigilia delle elezioni del 2022, alcuni sondaggi menzionavano la possibilità che la coalizione di centrodestra, in virtù della quota maggioritaria e della geografia dei collegi previste dal c.d. Rosatellum, conseguisse una maggioranza in Parlamento prossima o superiore ai due terzi dei seggi.

⁶⁹ Così V. CRISAFULLI, *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1977, vol. V, p. 147.

parte più “nobile” della Costituzione, formulazioni ambigue o, peggio ancora, contraddittorie: pensiamo, ad esempio, nel caso della legge cost. 1/2022, all’inserimento – nell’ultimo comma dell’art. 9 – di una riserva di legge statale in materia di tutela degli animali.

È proprio questa, a ben vedere, un’evidente ipotesi di inopportunità della *sedes materiae* – non trovandoci di fronte alla tradizionale funzione di garanzia assoluta dalle riserve di legge contenute nella Parte I della Costituzione –, che apre a non pochi problemi di coordinamento con l’art. 117 Cost. in tema di riparto della potestà legislativa statale e regionale, specie in ambiti materiali (si pensi, in particolare, alla caccia) già caratterizzati da un considerevole contenzioso Stato/Regioni innanzi alla Corte costituzionale.

La formulazione del “nuovo” ultimo comma dell’art. 9, quindi, rappresenterà un fattore moltiplicativo del (già cospicuo) contenzioso costituzionale, destando non poche questioni in ordine all’interpretazione dei “casi” e delle “forme” di tutela (la cui disciplina è rimessa dalla norma costituzionale alla legge dello Stato) e, correlativamente, alla delimitazione dell’ambito di potestà legislativa residuale delle Regioni *ex art. 117*, quarto comma.

Per esempio, già sorgono forti dubbi “in ordine alla ammissibilità di una potestà legislativa (pur ritenute pacificamente spettante alle Regioni da una costante giurisprudenza costituzionale anche precedente alla riforma del Titolo V del 2001) in materia di innalzamento dei livelli minimi di tutela della fauna selvatica”⁷⁰ in materia di caccia (sono state proprio le leggi regionali – si ricordi incidentalmente – ad avere sovente ampliato “l’elenco delle specie non cacciabili o a ridurre i periodi temporali di ammissibilità del prelievo venatorio”⁷¹)⁷².

⁷⁰ A. LAMBERTI, *Ambiente, sostenibilità e principi costituzionali: questioni aperte e prospettive alla luce della legge cost. 1/2022*, cit., p. 8.

⁷¹ Ivi, p. 9.

⁷² Più in generale, poi, si potrebbe contestare l’opportunità stessa di attribuire dignità di principio fondamentale alla tutela degli animali, specie se si considerino le possibili ricadute penalistiche della scelta compiuta dal legislatore costituzionale, atteso che – alla luce della novella dell’art. 9 – potrebbe essere ridefinito il bene giuridico meritevole di tutela penale, rispetto all’attuale assetto dei reati “contro il sentimento per gli animali”

Per queste diverse ragioni, allora, sarebbe stato più opportuno, in generale, in luogo di investire direttamente i primi dodici articoli della Carta, limitarsi ad intervenire nella Parte I della Costituzione (come, in effetti, è avvenuto con la legge cost. 1/2000 – che ha inserito il terzo comma nel corpo dell’art. 48 – oppure con la legge cost. 1/2003 – che ha aggiunto un secondo periodo, sulla promozione delle pari opportunità tra uomini e donne, al comma 1 dell’art. 51). Lo si sarebbe potuto fare, per esempio – ferma restando la meritoria modifica dell’art 41 –, attraverso l’introduzione di un art. 32-bis dedicato alla tutela dell’ambiente, degli ecosistemi e della biodiversità, il che, peraltro, non avrebbe significato, per via della mera collocazione, una “soggettivizzazione” dell’ambiente (essendo, peraltro, giuridicamente problematica la configurazione di un diritto soggettivo all’ambiente in quanto tale⁷³), anche perché non mancano, nel Titolo II sui “rapporti etico-sociali”, norme che non configurano diritti, ma valori obiettivi.

Giungendo alla conclusione, dunque, può dirsi che, in epoca di “revisionismo costituzionale”, è bene ribadire due punti fermi, che la stessa costituzionalizzazione dell’ambiente non può certo alterare. In primo luogo, il riconoscimento dell’ambiente come valore oggettivo (da tutelare in sé) non può aprire ad una visione improntata ad un “ecocentrismo assoluto” che possa legittimare strumentalizzazioni della persona⁷⁴ (come singolarità umana intangibile in virtù della sua dignità⁷⁵) in nome della “superiore” salvaguardia dell’ambiente⁷⁶: la

⁷³ Tant’è vero che la migliore dottrina ne sottolinea l’atecnicità (cfr., ad esempio, S. GRASSI, *Ambiente e diritti del cittadino*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Cedam, Padova, 1998, pp. 1083 ss.).

⁷⁴ Condivide questo monito A. LAMBERTI, *Ambiente, sostenibilità e principi costituzionali: questioni aperte e prospettive alla luce della legge cost. 1/2022*, cit., p. 13. Sul dibattito inerente al rapporto tra antropocentrismo ed ecocentrismo, v. J. LUTHER, *Antropocentrismo ed ecocentrismo nel diritto dell’ambiente in Germania e in Italia*, in *Politica del diritto*, 4/1989, pp. 673 ss.; T. GUARNIER, *Antropocentrismo ed ecocentrismo nella prospettiva costituzionale*, in M. P. PATERNÒ (a cura di), *Cura dell’altro. Interdipendenza e disuguaglianza nelle democrazie contemporanee*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, pp. 119-143. Con riguardo alla legge cost. 1/2022, v. anche R. FATTIBENE, *Una lettura ecocentrica del novellato articolo 9 della Costituzione*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 3/2022, pp. 1-20.

⁷⁵ Sul tema della dignità della persona, v., tra i tanti, nella dottrina filosofico-giuridica, costituzionalistica e internazionalistica, C. AMIRANTE, *La dignità dell’uomo nella legge fondamentale di Bonn e nella Costituzione Italiana*, Giuffrè, Milano, 1971; G. FERRARA, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Giuffrè, Milano, 1973, pp.

nostra Costituzione, nell'accogliere il principio personalista e il principio di eguaglianza nel suo corollario della ragionevolezza, ripudia l'assolutismo di diritti o, a maggior ragione, di valori obiettivi tiranni (come la sentenza sul caso ILVA ha bene esplicitato), sicché la stessa tutela dell'ambiente non può comunque giammai sottrarsi al bilanciamento o divenire essa stessa un "valore-bilancia".

In secondo luogo, non si può prescindere, nel rinnovato testo costituzionale, da una interpretazione sistematica dell'art. 9 in rapporto con gli artt. 1 e 4: se il lavoro – come ci insegna l'indimenticata lezione mortatiana⁷⁷ – rappresenta l'"idea-forza" che, in una prospettiva personalista, egualitaria e solidarista, anima la costituzione materiale che sorregge la costituzione formale, la stessa transizione ecologica – che ora può trovare nuove forme di programmazione e di controlli legittimate dal novellato art. 41, comma 3, Cost. – non può tradursi in una schumpeteriana

1098 ss.; AA.VV., *La concezione del diritto e dello Stato nell'era di rivendicazione della dignità della persona umana*, Atti del Colloquio internazionale organizzato dalla Facoltà di scienze politiche dell'Università di Roma "La Sapienza", d'intesa con il Comitato consultivo italiano per i diritti dell'uomo e l'Institut International des Droits de l'Homme, Strasbourg, 29-31 ottobre 1984, Giuffrè, Milano, 1988; J. LUTHER, *Ragionevolezza e dignità umana*, in POLIS Working paper, n. 79, Ottobre 2006; A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale della dignità. Un'introduzione*, Roma, 2007; E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008; P. BECCHI, *Il principio dignità umana*, Morcelliana, Brescia, 2009; U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Laterza, Roma-Bari, 2009; G. KATEB, *Human dignity*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts) - Londra, 2011; A. PAPISCA, *Il diritto della dignità umana. Riflessioni sulla globalizzazione dei diritti umani*, Marsilio, Venezia, 2011; M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012; V. BALDINI, *Teoriche della dignità umana e loro riflessi sul diritto positivo (a proposito della disciplina sul trattamento del malato mentale)*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2012; ID., *La dignità umana tra approcci teorici ed esperienze interpretative*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2013; V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Giuffrè, Milano, 2013; H. J. SANDKÜHLER, *Menschenwürde und Menschenrechte. Über die Verletzbarkeit und den Schutz der Menschen*, Alber Studienausgabe, Monaco, 2014; G. M. FLICK, *Elogio della dignità (se non ora, quando?)*, in *Rivista AIC*, 1/2014; M. R. MORELLI, *La dignità della persona tra inviolabilità dei diritti fondamentali e doveri di solidarietà, nel quadro del pluralismo delle fonti nazionali e sovranazionali*, in *Studi Urbinati* V. 67, N. 1-2 (2016); G. TURCO, *Dignità e diritti. Un bivio filosofico-giuridico*, Giappichelli, Torino, 2017; G. TARANTINO, *Autonomia e dignità della persona umana*, Giuffrè, Milano, 2018; A. APOSTOLI, *La dignità sociale come orizzonte della uguaglianza nell'ordinamento costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2019; M. KRIENKE (a cura di), *Ripensare il diritto naturale e la dignità umana. Tradizione e attualità di due topoi etico-giuridici*, Giappichelli, Torino, 2020; C. CROSETTA, *Dignità intangibile. Un percorso giusfilosofico*, Castelveccchi, Roma, 2021.

⁷⁶ Coglie questo rischio, nella legge costituzionale n. 1/2022, come vettore di trasformazione costituzionale, V. BALDINI, *Dinamiche della trasformazione costituzionale*, cit., pp. 170 ss. (in particolare pp. 174-175).

⁷⁷ Cfr. C. MORTATI, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica*, in ID., *Raccolta di scritti*, vol. 3, Giuffrè, Milano, 1972, pp. 143-224, e ID., *Il lavoro nella Costituzione*, ivi, pp. 225-340.

distruzione creatrice⁷⁸ che, in nome del “lungo periodo”, lasci indietro posti di lavoro e sacche di emarginazione sociale.

Anche perché, come ammoniva Keynes, “nel lungo periodo saremo tutti morti”.

dirittifondamentali.it

⁷⁸ Sulla nota categoria filosofico-economica, v. J. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, trad. it. a cura di A. Zanini, Meltemi, Milano, 2023, *passim*.

Tutela dell'ambiente e Costituzione.
Il Magistero di Papa Francesco e l'impegno etico del giurista.
**(Parte Prima – La legge costituzionale n. 1 del 2022 tra “vecchi” e “nuovi”
bilanciamenti)**
di
Armando Lamberti*

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. La revisione dell'art. 9 Cost. e alcuni anniversari simbolici: costituzionalizzazione dell'ambiente e interesse delle generazioni future. Per un equilibrio tra “antropocentrismo” ed “ecocentrismo”. 3. La modifica dell'art. 41 Cost.: vecchi e nuovi bilanciamenti nella “costituzione economica” in trasformazione.

1. Premessa.

L'entrata in vigore della legge costituzionale n. 1 del 2022, che ha modificato gli articoli 9 e 41 della Costituzione (peraltro intervenendo per la prima volta, com'è noto, nel corpo di una disposizione appartenente al novero dei *Principi fondamentali*) offre l'occasione non soltanto per riflettere sulle implicazioni sistemiche della riforma, cogliendone elementi di “revisione-bilancio” e di “revisione-programma”, ma anche per esprimere alcune considerazioni di carattere più generale, sia ravvisando nella protezione dell'ambiente e nel contrasto ai cambiamenti climatici un nuovo banco di prova per il costituzionalismo (in stretta connessione con il carattere globale delle emergenti problematiche) sia ponendo l'esigenza di una “politica nuova” di fronte alle prospettive etiche che la tutela ambientale sollecita.

Sotto questo aspetto, la trattazione si aprirà nel prosieguo ad un *focus* dedicato al Magistero di Papa Francesco sui temi ambientali, a partire dall'enciclica *Laudato sì*,

che si rivela di capitale importanza culturale sia nel cogliere il nesso indissolubile tra problemi ambientali e questioni sociali – così proponendo una visione di *ecologia integrale*, eticamente orientata ma non per questo chiusa nel dogmatismo (ché anzi si offre nella portata universale del suo messaggio) – sia nel porsi al riparo da ogni assolutismo, ora quello dell’antropocentrismo ora quello dell’ecocentrismo.

Quest’ultima considerazione, a ben vedere, si salda, in termini filosofico-giuridici, al quadro di insieme emergente dal novellato testo costituzionale italiano, che certamente rafforza la tutela dell’ambiente (nell’ottica di futuri bilanciamenti) ma non accoglie (né può accogliere, invero) una visione *in toto* ecocentrica, che rischierebbe, in nome di una oggettivizzazione del superiore valore-ambiente, di configurare un principio “tiranno” idoneo a strumentalizzare la dignità della persona (quale singolarità umana intangibile, insuscettibile di essere degradata a mera “*res*”)¹.

Conseguentemente, il discorso giuridico e il discorso etico vengono ad accompagnarsi l’un l’altro, senza rigide barriere e al contempo senza confusi sincretismi metodologici, così evidenziando tanto la necessità di un quadro assiologico immune rispetto alle possibili tendenze assolutizzanti delle due opposte prospettive antropocentriche ed ecocentriche, quanto l’importanza di un impegno etico per il giurista, chiamato ad essere non un mero commentatore di norme ma protagonista attivo del dibattito culturale e politico allo scopo di promuovere una responsabilità civica quale presupposto (sociale) indispensabile per la piena effettività dei principi costituzionali.

**2. La revisione dell’art. 9 Cost. e alcuni anniversari simbolici:
costituzionalizzazione dell’ambiente e interesse delle generazioni future.
Per un equilibrio tra “antropocentrismo” ed “ecocentrismo”.**

* Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico – Università di salerno

¹ Sul tema della dignità, cfr. V. BALDINI, *Teoriche della dignità umana e loro riflessi sul diritto positivo (a proposito della disciplina sul trattamento del malato mentale)*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2012; ID., *La dignità umana tra approcci teorici ed esperienze interpretative*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2013.

La legge costituzionale n. 1/2022², di modifica degli artt. 9 e 41 della Costituzione, rappresenta un punto di svolta, non solo simbolico, per l'ordinamento italiano, sia per l'espressa positivizzazione della tutela dell'ambiente, degli ecosistemi e della biodiversità, sia per la "storica" novella di una disposizione collocata nel quadro dei primi dodici articoli della Carta.

La riforma costituzionale, invero, è intervenuta con ritardo rispetto alle acquisizioni sedimentate del costituzionalismo ambientale, ma sembra cogliere "il tempismo" di un anniversario importante: i cinquanta anni dalla prima conferenza internazionale sull'ambiente umano, da cui nacque la celebre Dichiarazione delle Nazioni Unite sull'ambiente umano (Stoccolma, 1972).

A cinquanta anni di distanza, ecco giungere il nostro legislatore costituzionale, peraltro con pochissimi mesi di anticipo rispetto ad una significativa risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite che, nel cogliere l'occasione dell'anniversario, ha sancito – con schiacciante maggioranza (161 voti favorevoli, 8 astensioni e nessun voto contrario) – il riconoscimento di un "diritto umano all'ambiente pulito, sano e sostenibile".

La Dichiarazione di Stoccolma rappresentò un documento storico, sia per aver posto le basi dell'istituzione dello United Nations Environment Programme (UNEP), concepito come organo sussidiario delle Nazioni Unite in materia ambientale, sia per aver tematizzato l'ambiente umano come sintesi dell'ambiente ecologico e di quello sociale, atteso che i due elementi dell'ambiente umano, "l'elemento naturale" e "quello da lui stesso creato" (*ndr* dall'uomo) "sono essenziali al suo benessere e al pieno godimento dei suoi fondamentali diritti, ivi compreso il diritto alla vita".

Il cinquantesimo anniversario dell'adozione della Dichiarazione sull'ambiente umano ha così consentito una riflessione matura sulla rilevanza storica del documento, che per la prima volta ebbe a mutare "l'approccio settoriale e inter-statale che aveva riguardato il diritto internazionale dell'ambiente sino a quel

² Per un più ampio commento sulla recente riforma costituzionale, sia consentito il rinvio ad A. LAMBERTI, *Ambiente, sostenibilità e principi costituzionali: questioni aperte e prospettive alla luce della legge cost. 1/2022*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 3/2022, pp. 1-24.

momento, definendo un nuovo corso (...) attraverso la definizione di alcuni principi di carattere generale (26), ponendosi nel solco del dibattito sulla possibilità di far convivere sviluppo economico e tutela dell'ambiente (principio 13), anticipando i tratti salienti di quello che sarebbe poi stato il principio dello sviluppo sostenibile³.

Peraltro, nella più generale cornice "del principio di prevenzione del danno ambientale", la Dichiarazione riconosceva il diritto fondamentale di ogni essere umano "alla libertà, all'uguaglianza e a condizioni di vita soddisfacenti in un ambiente che gli consentisse di vivere nella dignità e nel benessere", unitamente alla responsabilità della protezione e del miglioramento dell'ambiente davanti alle generazioni future⁴. Il richiamo alle generazioni future, ora costituzionalizzato nel novellato art. 9, nasce quindi in ambito internazionalistico già cinquant'anni or sono, nella prospettiva della responsabilità umana e della solidarietà.

Ma, ancora, il 2022 ha segnato anche il quarantesimo anniversario dell'adozione, da parte dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, della Carta mondiale della Natura, "nella quale il rapporto tra uomo e natura (questa definita come 'la culla della vita e delle civiltà umane') viene approcciato attraverso l'individuazione di una serie di principi generali (...) da porre a fondamento della cooperazione internazionale, con l'obiettivo di conciliare sviluppo economico e sociale con la tutela dell'ambiente"⁵.

E, inoltre, la legge costituzionale 1/2022 cade in occasione del trentesimo anniversario della celebre Dichiarazione di Rio – adottata ad esito della Conferenza delle Nazioni Unite su ambiente e sviluppo –, che riconosceva sia il diritto umano ad "una vita sana e produttiva in armonia con la natura" e il "diritto allo sviluppo", sia, come obiettivo prioritario della cooperazione internazionale, la tutela dell'integrità dell'ecosistema terrestre (anche in connessione alla conservazione, alla tutela e al ripristino della salute).

³ Così A. PISANÒ, *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, ESI, Napoli, 2022, p. 111.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ivi*, p. 113.

Né certamente può essere trascurato, in questo “simbolismo giuridico” – e venendo ora al quadro “interno” – il centesimo anniversario della conferenza internazionale di Capri (il primo *Convegno del Paesaggio*) e, soprattutto, dell’approvazione della legge Croce, che per prima ha tutelato il paesaggio anticipando di venticinque anni il testo dell’originario art. 9 della Costituzione repubblicana. La legge Croce (778/1922), che – nelle parole usate dallo stesso illustre filosofo liberale nella Relazione di accompagnamento – si ispirava ad alcuni rescritti borbonici (in particolare, un primo Rescritto di Ferdinando II delle Due Sicilie del 19 luglio 1841), ebbe il grande merito storico di tutelare il paesaggio, nella prospettiva di un’armonia tra natura e cultura, inteso come “quel che costituisce la fisionomia, la caratteristica, la singolarità, per cui una nazione si differenzia dall’altra, nell’aspetto delle sue città, nelle linee del suo suolo, nelle sue singolarità geologiche”. La “costituzionalizzazione” della tutela dell’ambiente, lungi dall’alterare la portata della protezione costituzionale del paesaggio nel suo contenuto essenziale, ne rappresenta, invece, la naturale evoluzione storica, che è frutto di una sensibilità nuova, ma al contempo di una confermata consapevolezza della necessità di porre limiti alle attività antropiche.

La legge cost. 1/2022 riconosce così espressamente la tutela dell’ambiente, addirittura tra i principi fondamentali della Costituzione, così instrandando il nostro ordinamento nella prospettiva del “costituzionalismo ambientale”⁶. Volendo accogliere la efficace categorizzazione recentemente proposta da Domenico Amirante⁷, la nostra Costituzione è transitata dal gruppo delle “costituzioni silenziose” (circa il venti per cento delle costituzioni mondiali) a quello delle “costituzioni ambientali revisionate” (circa il diciassette per cento), a fronte di una maggioranza di “costituzioni ambientali” che, sin dalla loro formulazione originaria, in quanto

⁶ Su cui, cfr., su tutti, v. D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l’Antropocene*, Il Mulino, Bologna, 2022; in precedenza, ID., *L’ambiente preso sul serio. Il percorso accidentato del costituzionalismo ambientale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, numero speciale, 2019, pp. 1-32. V. anche G. CHIOLA, *La Costituzione ambientale in Italia: un tentativo di costituzionalizzare il diritto della natura oppure un problematico rafforzamento dei riconoscimenti esistenti?*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 2/2022, pp. 1-16.

⁷ D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l’Antropocene*, cit., in particolare pp. 90-92.

di più recente entrata in vigore, esprimono tra i loro principi anche la tutela dell'ambiente.

La dottrina si è variamente posta innanzi alla questione della portata complessiva della riforma costituzionale: si è interrogata sulla sua efficacia meramente dichiarativa ovvero sulla sua efficacia costitutiva, come pure – riprendendo un lessico che un tempo era proprio del costituzionalismo socialista – sulla sua natura di “revisione bilancio” o di “revisione programma”⁸.

E, quindi, ora si è sostenuto che la revisione costituzionale non avrebbe *de facto* innovato l'ordine giuridico esistente, limitandosi a riconoscere testualmente un valore costituzionale già da tempo tutelato dalla giurisprudenza costituzionale (oltre che sul piano europeo e internazionale), sicché saremmo in presenza di una mera “revisione-bilancio” che si è limitata a codificare un principio affermatosi nel diritto vivente, quasi fosse un *acquis constitutionnel*⁹; ora, invece, si è guardato agli aspetti più innovativi della riforma – *in primis* il riconoscimento dell'interesse per le future generazioni, che apre anche a nuove declinazioni del principio di solidarietà, e poi la modifica dell'art. 41, 3° comma, che sembra conferire nuova vita ad una norma costituzionale da alcuni ritenuta (un po' troppo frettolosamente) implicitamente abrogata alla luce della c.d. Costituzione economica europea – per sottolinearne la natura di “revisione-programma”, che traccia nuovi obiettivi di sistema e nuovi fini politici fondamentali cui orientare l'azione politica del legislatore, i quali dalla costituzione vivente¹⁰ o dalla costituzione materiale¹¹ sarebbero ora finalmente assorbiti nella costituzione formale.

Certamente, non si può negare l'efficacia giuridica costitutiva della revisione *de qua*, perché – pur essendo vero che specialmente il riconoscimento del valore

⁸ Sull'uso di queste espressioni, nella dottrina italiana, si veda G. SILVESTRI, *Spunti di riflessione sulla tipologia e sui limiti della revisione costituzionale*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Giuffrè, Milano, 1987, in particolare pp. 1187-1189.

⁹ L'espressione è usata, in proposito, da E. DI SALVATORE, *Brevi osservazioni sulla revisione degli artt. 9 e 41 della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2022, p. 2.

¹⁰ L'espressione, com'è noto, nasce in America (cfr. J.G. KERWIN, *La Costituzione vivente*, trad. it. in *Il Politico*, n. 4/1958, pp. 576-592) e viene ripresa in Italia in particolare da LIVIO PALADIN.

¹¹ Cfr. C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, ristampa anastatica a cura di G. ZAGREBELSKY, Giuffrè, Milano, 1998.

costituzionale dell'ambiente e l'affermazione dell'ambiente e della salute come limiti alla libertà di iniziativa economica privata rappresentano un patrimonio condiviso e consolidato nella giurisprudenza – l'espressa positivizzazione costituzionale produce effetti di rilevante impatto sull'ordinamento: il rafforzamento dell'interpretazione sistematica, la possibilità di integrare con maggior solidità il parametro di legittimità costituzionale delle leggi, il peso "rinforzato" dei valori (ambientali) nel bilanciamento costituzionale, la configurazione di un (nuovo) "controlimito" rispetto al diritto di derivazione sovranazionale ed internazionale, la stessa acquisizione di una maggiore certezza del diritto (che un riconoscimento in via esclusivamente giurisprudenziale non determina).

E, in effetti, questa constatazione ben si lega all'osservazione di chi ha considerato giustamente che "la tesi della superfluità della revisione costituzionale fondata sull'argomento per cui il contenuto essenziale della revisione già starebbe nella giurisprudenza costituzionale è indice di un atteggiamento troppo succube nei confronti della giurisprudenza" medesima, che, peraltro, "proprio in quanto 'giurisprudenza', sopporta dei limiti intrinseci (vincolo del caso concreto, contraddittorietà dei giudicati, ecc.)"¹².

L'efficacia giuridica costitutiva della recente revisione, peraltro, ha già portato un suo primo frutto concreto, sol se si consideri che il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 8667 del 2022 vertente la realizzazione di un parco eolico, ha evidenziato, nel quadro di una nuova assiologica compositiva che rafforza, nel bilanciamento, la posizione dei valori ambientali, che l'interesse pubblico alla protezione del patrimonio culturale e del paesaggio non ha, nel caso di specie, un peso determinante rispetto all'interesse, indifferibile, alla tutela dell'ambiente, alla luce del novellato art. 9 Cost.

¹² Così R. BIFULCO, *Prmissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, paper, 6 aprile 2022, p. 2.

La revisione dell'art. 9 Cost., più specificamente, ci induce a porre la questione della modificabilità dei principi fondamentali¹³. Com'è noto, uno degli aspetti – si può dire – storici, epocali, di questa riforma (nel bene e nel male) è rappresentato dal fatto che per la prima volta il legislatore costituzionale è intervenuto a modificare una disposizione collocata nei primi dodici articoli della Carta costituzionale. Questa riforma, a ben vedere, conferma un'interpretazione tesa a negare l'automatica equivalenza tra principi fondamentali e principi supremi, questi ultimi – come ci insegna il celebre *obiter dictum* della sentenza n. 1146/1988 della Corte costituzionale¹⁴ – insuscettibili, *nel loro contenuto essenziale*, di essere oggetto di revisione costituzionale: in buona sostanza, i principi supremi non troverebbero necessariamente collocazione nelle disposizioni costituzionali sui principi fondamentali, ma sarebbero desumibili in via ermeneutica indipendentemente dalla *sedes materiae*, così come, *a contrario*, la collocazione di una norma entro i principi fondamentali non sarebbe, per ciò solo, condizione sufficiente per sostenerne la natura di principio supremo.

Pertanto, a meno di non voler ritenere – cosa che appare francamente poco plausibile – che la novella dell'art. 9 Cost. abbia alterato, nel suo contenuto essenziale, un principio supremo, la legge cost. 1/2022 certamente non rappresenta un “sovertimento” dell'essenza dei valori su cui si fonda la nostra Repubblica¹⁵. Semmai, nella prospettiva del costituzionalismo ambientale, la nostra Carta apre

¹³ Su cui, da ultimo, v. P. PILUSO, *La legge costituzionale n. 1 del 2022 e la novella dell'art. 9 Cost.: questioni aperte sulla modificabilità dei principi fondamentali. Qualche certezza giuridica e (non pochi) dubbi di politica del diritto*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2023, pp. 111-136.

¹⁴ *La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana.*

¹⁵ In questa prospettiva, v., tra gli altri, cfr. M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3/2021, in particolare pp. 308-309; 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*, 15/2022, in particolare pp. 125-128. *Contra*, T. E. FROSINI, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *Federalismi.it*, 23 giugno 2021.

piuttosto gli orizzonti alle sfide del presente e del futuro. Certo, si può discutere dell'*opportunità* di procedere ad una revisione dei principi fondamentali¹⁶, ma si tratta, evidentemente, di un piano diverso.

Come si diceva, il riconoscimento del valore costituzionale dell'ambiente non è nuovo: la giurisprudenza costituzionale, da lungo tempo, lo aveva operato in virtù dell'interpretazione del combinato disposto degli artt. 9 e 32 della Costituzione (a partire, quindi, da una "soggettivizzazione" dell'ambiente, sicché potesse configurarsi un diritto fondamentale dell'individuo all'ambiente salubre).

Le note sentenze nn. 210 e 329 del 1987 avevano, infatti, ascritto l'ambiente, come bene immateriale, ai diritti fondamentali della persona, rintracciandone il fondamento costituzionale entro il prefigurato sistema di valori (e, in particolare, nei citati artt. 9 e 32, interpretati sistematicamente).

Prospettiva, questa, che emergeva già dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, che aveva valorizzato l'interpretazione sistematica degli articoli 2 e 32 Cost.: la tutela dei diritti della persona "si estende alla vita associata dell'uomo nei luoghi delle varie aggregazioni nelle quali questa si articola e, in ragione della sua effettività, alla preservazione, in quei luoghi, delle condizioni indispensabili o anche soltanto propizie alla sua salute: essa assume in tal modo un contenuto di socialità e di sicurezza, per cui il diritto alla salute, piuttosto (o oltre) che come mero diritto alla vita e all'incolumità fisica, si configura come diritto all'ambiente salubre" (Cass. SU, 6 ottobre 1979, n. 5172).

E non è certamente un caso, anzi, che la Corte costituzionale, nella sent. n. 210/1987, abbia configurato la salvaguardia dell'ambiente alla stregua di un "diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività", riprendendo la formulazione che l'art. 32 Cost. impiega in relazione alla tutela della salute.

E, sempre nel 1987, con la sentenza n. 641, la Corte aveva enunciato il principio in base al quale l'ambiente "è protetto come elemento determinativo della qualità

¹⁶ Cfr. P. PILUSO, *La legge costituzionale n. 1 del 2022 e la novella dell'art. 9 Cost.: questioni aperte sulla modificabilità dei principi fondamentali. Qualche certezza giuridica e (non pochi) dubbi di politica del diritto*, cit., in particolare pp. 129 ss.

della vita. La sua protezione non persegue astratte finalità naturalistiche o estetizzanti, ma esprime l'esigenza di un habitat naturale nel quale l'uomo vive ed agisce e che è necessario alla collettività e, per essa, ai cittadini, secondo valori largamente sentiti; è imposta anzitutto da precetti costituzionali (artt. 9 e 32 Cost.), per cui esso assurge a valore primario ed assoluto" (un'assolutezza, però, che non va affatto intesa, come si vedrà con la sentenza n. 85/2012, quale primazia gerarchica "tirannica").

La stessa dottrina, d'altronde, aveva, in tempi non sospetti, interpretato estensivamente la nozione di "paesaggio" di cui all'art. 9 Cost., allargandola nella direzione dei valori ambientali (sul punto, come non ricordare la lezione di Alberto Predieri¹⁷).

Successivamente, era andata emergendo una progressiva "autonomizzazione" dell'ambiente rispetto al paesaggio, contestualmente ad una sua tendenziale "oggettivizzazione", di talché l'ambiente *in sé* veniva ad atteggiarsi quale "valore costituzionale primario" (v. la sentenza n. 196/2004 e la sentenza n. 85/2013 sul c.d. caso ILVA, che ci ha consegnato pagine storiche sul bilanciamento e sulla inammissibilità di *diritti tiranni*), pur non potendosi affatto intendere tale primarietà in termini di assoluta primazia gerarchica.

¹⁷ Cfr. A. PREDIERI, *Paesaggio*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXI, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 503 ss., e, ancor prima, ID., *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in ID., *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Giuffrè, Milano, 1969. Sul pensiero di Predieri in materia, v. G. MORBIDELLI – M. MORISI (a cura di), *Il "paesaggio" di Alberto Predieri. Atti del Convegno (Firenze, 11 maggio 2018)*, Passigli, Firenze, 2019.

V. anche F. MERUSI, *Art. 9*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma, 1975.

Tra i contributi della dottrina nell'individuazione di un fondamento costituzionale della tutela dell'ambiente, v. anche M.S. GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi aspetti giuridici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1973, pp. 15 ss.; M. ARENA, *L'Ambiente territorio come bene oggetto di tutela giuridica e la sua proiezione costituzionale*, in *Il Foro napoletano*, 1981, pp. 241 ss.; M. CECCHETTI, *Rilevanza costituzionale dell'ambiente e argomentazioni della Corte*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1994, pp. 252 ss.; P.M. CHITI, *Ambiente e 'Costituzione' europea: alcuni nodi problematici*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1998, pp. 1423 ss.; M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2000; D. PORENA, *La protezione dell'ambiente tra Costituzione italiana e "Costituzione globale"*, Giappichelli, Torino, 2008. Nella manualistica, v., tra gli altri, B. CARAVITA, *Diritto pubblico dell'ambiente*, Il Mulino, Bologna, 1990; B. CARAVITA – L. CASSETTI – A. MORRONE (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Il Mulino, Bologna, 2016, pp. 17 ss.; G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 44 ss.; P. DELL'ANNO, *Diritto dell'ambiente*, Cedam, Padova, 2022, pp. 1 ss.

A questa “oggettivizzazione” si è accompagnata, nella giurisprudenza, la considerazione dell’ambiente come bene unitario: invero, come la stessa Corte ha messo più volte in luce, ciascuna componente del bene ambiente può comunque essere oggetto di una specifica tutela autonoma (v., sul punto, già l’ordinanza n. 195 del 1990), ma resta fermo, in generale, che “la protezione dell’ambiente, che pure attraversa una molteplicità di settori in ordine ai quali si mantengono competenze diverse, statali e regionali, ha assunto una propria autonoma consistenza, che, in ragione degli specifici ed unitari obiettivi perseguiti, non si esaurisce né rimane assorbita nelle competenze di settore” (sentenza n. 356 del 1994).

Peraltro, di fronte alla parola “ambiente” che nel frattempo entrava per la prima volta in Costituzione con l’art. 117, 2° comma, lett. s), introdotto dalla legge cost. 3/2001, emergeva, nella giurisprudenza costituzionale sul novellato Titolo V, la natura “trasversale” della tutela dell’ambiente – “materia/non materia” o “materia-valore” –.

E proprio di recente, tra l’altro, la Corte costituzionale è tornata a sancire la natura di valore primario dell’ambiente onde radicarne la tutela in capo allo Stato: nella sentenza n. 24/2022, per esempio, viene ribadito che “in base all’art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., spetta in via esclusiva allo Stato il compito di dettare una disciplina unitaria e complessiva del bene ambiente, considerato come entità organica e connesso a un interesse pubblico di valore costituzionale primario e assoluto”; poco prima, nella sentenza n. 189/2021, la Corte si esprimeva in termini simili, affermando che la potestà legislativa esclusiva statale *ex art. 117, secondo comma, lettera s)*, risponde “a ineludibili esigenze di protezione di un bene, quale l’ambiente, unitario e di valore primario (...), che risulterebbero vanificate ove si riconoscesse alla Regione la facoltà di rimetterne indiscriminatamente la cura a un ente territoriale di dimensioni minori, in deroga alla valutazione di adeguatezza compiuta dal legislatore statale con l’individuazione del livello regionale”.

Si è così tracciata la rotta per giungere alla novella costituzionale del 2022, che colloca nell’art. 9 Cost. la tutela dell’*ambiente* (che in senso letterale può essere

inteso come “contesto naturale”), degli *ecosistemi* (da intendere come “interazione tra fattori biotici e abiotici”) e della *biodiversità* (che ne rappresenta uno degli elementi costitutivi). Protezione, quella della biodiversità, che si accompagna strettamente all’espreso riconoscimento, nell’ultimo comma, della *tutela degli animali*, benché, a dire il vero, la struttura della norma introdotta, con la previsione di una riserva di legge dello Stato, mal si addica alla collocazione nei principi fondamentali.

Una tale riserva, infatti, non risulta essere affatto conforme alla logica garantistica tipica delle riserve di legge contenute nei principi fondamentali o nelle disposizioni della Parte I della Costituzione, rappresentando, piuttosto, una mera attribuzione di competenza esclusiva in capo al legislatore statale (che avrebbe potuto essere inserita, semmai, nell’art. 117 Cost.)¹⁸; peraltro, la sua formulazione pone non pochi problemi di coordinamento proprio con l’art. 117 Cost., in quanto sembrerebbe escludere ogni forma di intervento legislativo residuale delle Regioni, nonostante sia stata proprio la legislazione regionale, in tempi recenti, a muoversi sovente in maniera solerte sul terreno della tutela degli animali, ma al contempo rafforzerebbe in senso ancor più centralista alcune tendenze della giurisprudenza costituzionale (come in tema di assistenza e di polizia veterinaria, ambito disciplinare ricondotto alla potestà legislativa concorrente in materia di tutela della salute).

Ancora, in ragione di tale nuova competenza legislativa esclusiva statale, sorgono forti dubbi in ordine alla ammissibilità di una potestà legislativa (pur ritenuta pacificamente spettante alle Regioni da una costante giurisprudenza costituzionale anche precedente alla riforma del Titolo V del 2001) in materia di innalzamento dei livelli minimi di tutela della fauna selvatica nell’ambito della caccia (e sono state proprio le leggi regionali, per esempio, ad ampliare l’elenco delle specie non cacciabili o a ridurre i periodi temporali di ammissibilità del prelievo venatorio)¹⁹.

¹⁸ Su cui, cfr. M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell’ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, cit., p. 304.

¹⁹ Su cui, v. ancora M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti Supreme e Salute*, 1/2022, p. 134.

La formula compromissoria utilizzata, peraltro, non attribuisce – a dispetto di alcune proposte iniziali – alcuna connotazione agli animali in termini di “esseri senzienti”, a differenza dell’approccio seguito dell’art. 13 TFUE, secondo il quale “nella formulazione e nell’attuazione delle politiche dell’Unione nei settori dell’agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio, l’Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali *in quanto esseri senzienti*, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale”.

Questa scelta, da un lato, può rappresentare un difetto di tutela a fronte delle sensibilità più progressiste, ma, dall’altro lato, non apre ad un crinale piuttosto scivoloso, specie sul fronte della tutela penale (ove l’eventuale riconoscimento costituzionale degli animali come “esseri senzienti” avrebbe imposto una complessa e delicata riconsiderazione, dal punto di vista del bene giuridico protetto, delle fattispecie incriminatrici vigenti, inquadrare nell’ambito dei delitti “contro il *sentimento* per gli animali”).

A ciò si affianca l’importantissimo riferimento, nel terzo comma, all’*interesse delle future generazioni*²⁰, che può aprire a nuove declinazioni dello stesso principio di solidarietà (come pure si è osservato in alcune sentenze della Corte costituzionale, sia pur su un altro terreno) nel nome di una visione più generale – improntata a relazionalità e reciprocità – di “responsabilità intergenerazionale”²¹, sempre più valorizzato anche nel diritto comparato.

Si pensi, sol per ricorrere ad un esempio importante nell’esperienza costituzionale comparata, all’art. 20A della Legge fondamentale tedesca, e alla nota sentenza del

²⁰ Sul tema, v. le riflessioni di D. PORENA, “Anche nell’interesse delle generazioni future”. Il problema dei rapporti intergenerazionali all’indomani della revisione dell’art. 9 della Costituzione, cit., pp. 121-143, in particolare la ricostruzione del paradosso di Parfit e la proposta teorica di configurare i diritti fondamentali come “diritti intergenerazionali”. Cfr. anche L. BARTOLUCCI, *Le generazioni future (con la tutela dell’ambiente) entrano “espressamente” in Costituzione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2022, pp. 20 ss.

²¹ Come è stato evidenziato, in particolare, da R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Franco Angeli, Milano, 2008.

Bundesverfassungsgericht del 24 marzo 2021, nella quale si è sostenuto che la protezione della vita e dell'integrità fisica ricomprende anche la protezione contro i danni causati dall'inquinamento ambientale, sicché il «dovere di protezione» che grava sullo Stato investe anche la vita e la salute degli individui dai pericoli derivanti dai cambiamenti climatici, ossia la garanzia di un livello di esistenza ecologica minimo, e può giustificare «un obbligo giuridico oggettivo di tutela nei confronti delle generazioni future».

Tant'è vero che si sta incominciando, anche sulla scia del costituzionalismo latino-americano del *Buen Vivir*, a parlare di un nuovo "*Caring State*"²², che persegue l'obiettivo dello sviluppo sostenibile e solidale, "prendendosi cura" della terra, per restituire un'armonia tra l'uomo e la natura, in nome della responsabilità verso le future generazioni

La novella costituzionale del 2022, pertanto, sembra inserirsi in un'articolata stagione di "costituzionalismo trasformatore", che vede aggiungere, accanto ai connotati tradizionali dello Stato sociale di diritto, gli elementi fondamentali di un'ecologia costituzionale: ciò non significa, quindi, che l'integrità ambientale finisce col rappresentare il fondamento stesso e l'obiettivo primario dello Stato, nella direzione di uno "Stato ambientale" (*Umweltstaat*)²³ che nella responsabilità ambientale e intergenerazionale rinvenga le sue stesse basi di legittimazione, quanto piuttosto che arricchisce di (nuovi) contenuti il *sozialen Rechtsstaat* che contraddistingue le esperienze costituzionali europee e, in particolare, quella italiana.

Si potrebbe parlare, semmai, di uno "Stato di diritto sociale ed ecologico", che unisce, valorizzando le plurime declinazioni del principio solidarista (cfr. art. 2 Cost. it.), i tradizionali contenuti liberali e democratico-sociali con le nuove istanze

²² S. BAGNI, *Dal welfare state al caring state*, in ID. (a cura di), *Dallo stato del benessere allo stato del Buen Vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Bologna, 2013, pp. 30 ss.

²³ Su cui, v. M. KLOEPFER, *Auf dem Weg zum Umweltstaat*, in ID. (a cura di), *Umweltstaat: Ladenburger Diskurs*, Springer, Berlino, 1989, pp. 39-78, richiamato da G. GIORGINI PIGNATIello, *Costituzione ecologica e giustizia climatica. Germania e Italia nel prisma del costituzionalismo ambientale globale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4/2022, p. 952.

dello “Stato di diritto ecologico” (*Ökologische Rechtsstaat*)²⁴: quest’ultimo, quindi, non può essere letto come l’espressione di una autonoma forma di Stato, ma, piuttosto, come una (nuova) componente dello Stato sociale di diritto, che certamente rafforza, nel bilanciamento, l’elemento obiettivo dell’integrità ambientale e della tutela della natura, ma che giammai può spingersi sino a strumentalizzare la dignità della singola persona umana al valore obiettivo della protezione ambientale.

Ora, la richiamata “oggettivizzazione” del valore ambiente, riconosciuta da tempo in sede giurisprudenziale e adesso espressamente positivizzata nel “nuovo” art. 9 Cost., non può aprire la strada ad una visione di “*ecocentrismo assoluto*”. Per spiegarsi meglio: lungi dal voler entrare più ampiamente nel merito della disputa – dal sapore più filosofico che giuridico – tra approccio antropocentrico, biocentrico o ecocentrico, sembra evidente che l’ “oggettivizzazione” del valore ambiente – ovvero il superamento della concezione di esso come mero diritto soggettivo della persona ad un ambiente salubre – non possa finire col giustificare politiche (come pure approcci ermeneutici) che, in nome della tutela dell’ambiente, possano strumentalizzare la persona umana e la sua dignità, “sacrificando” una singolarità umana sull’altare del valore superiore della sopravvivenza del pianeta²⁵.

La persona è sempre un “valore-fine in sé”, invece che “strumento per la realizzazione degli interessi collettivi”²⁶; l’uomo è sempre “scopo in se stesso” (*Zweck an sichselbst*), per dirla kantianamente. La dignità, bussola del legislatore e dell’interprete, è quell’attributo inscindibile e indissolubile della persona umana, che si atpeggia “come valore ultimo e fondante della persona; come clausola che ne

²⁴ La formula è impiegata da K. BOSSELMANN, *Im Namen der Natur. Der Weg zum ökologischen Rechtsstaat*, Scherz Verlag, Berna, 1992.

²⁵ Coglie già nella revisione costituzionale operata dalla legge cost. 1/2022 un elemento di trasformazione costituzionale nell’ottica di un superamento dell’impianto liberale e personalistico della Costituzione del ’48 nella direzione di modelli comunitari basati su valori sovra-individuali V. BALDINI, *Dinamiche della trasformazione costituzionale*, Cacucci, Bari, 2023, pp. 170 ss.

²⁶ Così M. R. MORELLI, *La dignità della persona tra inviolabilità dei diritti fondamentali e doveri di solidarietà, nel quadro del pluralismo delle fonti nazionali e sovranazionali*, in *Studi Urbinati* V. 67, N. 1-2 (2016), p. 106.

riassume le caratteristiche e le qualità”²⁷, come “nucleo duro dell’umano”²⁸, che vieta di “degradare l’uomo concreto a oggetto, semplice strumento, entità fungibile”²⁹; come qualità e connotato insopprimibile che lo connatura, lo rende altro da una mera “res”.

La sfida per il presente è quella di restituire un’*armonia* tra la persona e l’ambiente in cui vive, in una prospettiva – come quella accolta nella enciclica *Laudato Si’* – lontana da ogni assolutismo³⁰: sia da un *antropocentrismo assoluto*, che restituisce un’immagine pre-copernicana dell’individuo “al centro dell’universo” quantomeno superata dalla storia, sia da un *ecocentrismo assoluto*, che – al di là delle manifestazioni più “parossistiche” di certo fanatismo *green* (come se l’attenzione sui temi dell’ambiente potesse essere calamitata dai lanci di passate di verdure contro i quadri!) – rischia di perdere di vista l’essenza propria della dignità della persona umana e, conseguentemente, di sottovalutare la necessità di assicurare una armonia tra la tutela dell’ambiente e le esigenze del lavoro.

È, allora, la dignità della persona, in tutte le sue declinazioni e sfaccettature, il banco di prova per una efficace tutela dell’ambiente: come è stato opportunamente ricordato, infatti, “se venissero meno i presupposti (anche materiali) per fare della dignità umana l’effettivo perno della vita dell’ordinamento, il nostro Stato costituzionale inesorabilmente scivolerebbe verso forme di unità politica differente, ovviamente anche se la Costituzione fosse lasciata intonsa o persino solennemente confermata. E l’esistenza ma anche la permanenza nel tempo di adeguate condizioni sia ambientali sia economiche rientrano tra quei presupposti ovviamente in posizione primaria, sebbene non li esauriscano. Sicché il dovere

²⁷ Così G. M. FLICK, *Elogio della dignità (se non ora, quando?)*, in *Rivista AIC*, 1/2014, p. 11.

²⁸ Così M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2018 p. 178.

²⁹ G. DURIG, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, No. 2 (1956), pp. 117-175, ricordato da J. LUTHER, *Ragionevolezza e dignità umana*, in *POLIS Working paper*, n. 79, Ottobre 2006.

³⁰ In questa prospettiva, v. le riflessioni di A. FERRARA, *La materia ambiente nel testo di riforma del titolo V*, in *I problemi del federalismo*, n. 5, Milano, 2001, p.185 ss., che, all’indomani della revisione del Titolo V Cost., sosteneva la validità della scelta del legislatore costituzionale di mantenersi lontano da ogni assolutismo: grazie al riferimento sia all’ambiente che all’ecosistema, “si evita di sbilanciarsi tra i sostenitori di una concezione antropocentrica e quelli di una concezione ecocentrica. A beneficio dei primi si continua a parlare di ambiente e, a beneficio dei secondi, vi si accosta la nozione di ecosistemi”.

(sociale) di non danneggiarle si impone a chiunque, inderogabilmente. Invece difenderle da ingiuste lesioni e propiarle è funzione propria delle istituzioni pubbliche”³¹.

In questa prospettiva, antropocentrismo ed ecocentrismo, lontani da ogni assolutismo, possono convivere, “contemplando natura e società come due aspetti interdipendenti della realtà”, com’è stato colto nella dottrina tedesca, in effetti, dal teorico dello “Stato costituzionale ecologico” (*Ökologische Verfassungsstaat*)³²: sorto per garantire ordine, pace sociale e sicurezza, “lo Stato costituzionale in un secondo tempo avrebbe introdotto nell’ordinamento misure di garanzia, quali la giustizia costituzionale e i diritti di libertà e di eguaglianza. Una terza tappa sarebbe rappresentata dal rafforzamento dell’assetto democratico, con il coinvolgimento di una platea più ampia di cittadini, e infine una quarta fase sarebbe quella dello Stato sociale, con compiti di cura, indirizzo, redistribuzione, servizi alla persona. Più recentemente, invece, la percezione della crisi globale socio-ecologica starebbero determinando lo sviluppo di una quinta fase dello Stato costituzionale, volta a garantire l’esistenza dignitosa degli esseri umani sul pianeta Terra”³³.

In quest’ottica, quindi, lungi dal degenerare in opposti assolutismi, possono essere coniugati elementi di antropocentrismo e di ecocentrismo: ecco perché, come si diceva, sarebbe preferibile utilizzare, a scanso di equivoci, la formula dello “Stato di diritto sociale ed ecologico”, così cogliendo gli insuperabili ed indefettibili elementi di continuità (inquadri saldamente nella tradizione del *sozialen Rechtsstaat*) con i nuovi contenuti dell’ecologia costituzionale, da leggere perciò non in contrapposizione dialettica ma secondo un quadro armonico, a partire dal riconoscimento della centralità del principio di solidarietà (cfr. art. 2 Cost. it.) nelle sue plurime e dense sfaccettature.

³¹ Così P. LOGROSCINO, *Economia e ambiente nel “tempo della Costituzione”*, in *Federalismi.it*, 29/2022, pp. 107-108.

³² R. STEINBERG, *Der ökologische Verfassungsstaat*, Suhrkamp, Francoforte sul Meno, 1998, richiamato da G. GIORGINI PIGNATIELLO, *Costituzione ecologica e giustizia climatica. Germania e Italia nel prisma del costituzionalismo ambientale globale*, cit., p. 954.

³³ Così G. GIORGINI PIGNATIELLO, *Costituzione ecologica e giustizia climatica. Germania e Italia nel prisma del costituzionalismo ambientale globale*, cit., p. 954.

3. La modifica dell'art. 41 Cost.: vecchi e nuovi bilanciamenti nella "costituzione economica" in trasformazione.

Ancora, la modifica dell'art. 41 Cost.³⁴ ha in sé gli elementi sia della "revisione-bilancio" sia della "revisione-programma". Sotto il primo profilo, è evidente che la modifica del 2° comma dell'art. 41, con l'espressa introduzione della salute e dell'ambiente come limiti alla libertà di iniziativa economica privata, si inserisce perfettamente nel solco della consolidata giurisprudenza costituzionale.

Già nella sentenza n. 127/1990, per esempio, il giudice delle leggi, in tema di normativa sulle immissioni inquinanti industriali, aveva avuto modo di consacrare la tutela ambientale come limite allo svolgimento della iniziativa economica privata: in particolare, per la Corte, la giustificazione della previsione di un limite massimo alle immissioni inquinanti era da rinvenirsi nel rapporto tra l'art. 32 e l'art. 41 Cost., sicché tale limite giammai poteva "superare quello ultimo assoluto e indefettibile rappresentato dalla tollerabilità per la tutela della salute umana e dell'ambiente in cui l'uomo vive: tutela affidata al principio fondamentale di cui all'art. 32 della Costituzione, cui lo stesso art. 41, secondo comma, si richiama".

Su questa scia, la Corte, rifacendosi alla sentenza n. 196/1998, poteva affermare nel 2001 (sent. n. 190) che era ormai "acquisito alla giurisprudenza costituzionale che al limite della utilità sociale, a cui soggiace l'iniziativa economica privata in forza dell'art. 41 Cost., non possono dirsi estranei gli interventi legislativi che risultino non irragionevolmente (art. 3 Cost.) intesi alla tutela dell'ambiente".

La libertà di iniziativa economica privata, dunque, consente – scriveva la Corte nel precedente del 1998 – "l'apposizione di limiti al suo esercizio a condizione che essi corrispondano all'utilità sociale, nel cui ambito sicuramente rientrano gli interessi della salute e dell'ambiente".

³⁴ Su cui, v. L. CASSETTI, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*, in *Federalismi.it, Il costituzionalismo multilivello nel terzo millennio: scritti in onore di Paola Bilancia*, 4/2022, pp. 188-201; L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?*, in *Federalismi.it*, paper, 23 giugno 2021, pp. 1-7; R. CABAZZI, *Dalla "contrapposizione" alla "armonizzazione"? Ambiente ed iniziativa economica nella riforma (della assiologia) costituzionale*, in *Federalismi.it*, 7/2022, pp. 31-63; v. anche F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, in *Il diritto dell'economia*, 1/2022, pp. 15-30.

Ed è questo retroterra che la Corte costituzionale ha presente nel momento in cui emette la storica sentenza sul c.d. caso ILVA, consegnando alla dottrina giuspubblicistica – come si anticipava – riflessioni di grande rilievo teorico sul bilanciamento dei diritti e sulla inammissibilità di diritti tiranni: “tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe ‘tiranno’ nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona”.

Conseguentemente, per la Corte, non si può condividere la tesi per cui “l'aggettivo «fondamentale», contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un «carattere preminente» del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell'ambiente e della salute come «valori primari» (sentenza n. 365 del 1993, citata dal rimettente) implica una ‘rigida’ gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come ‘primari’ dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto”.

In buona sostanza, l'impossibilità di configurare, entro il quadro dei principi di uno Stato costituzionale di diritto, dei valori primari in senso assoluto, suscettibili di trasformarsi in “tiranni”, implica che l'unico modo per realizzare la composizione tra i conflitti è rappresentato dalla ricerca di un ragionevole punto di equilibrio: orbene, trattandosi di un “punto di equilibrio dinamico e non prefissato in anticipo”, spetta *in primis* al legislatore, nell'esercizio della discrezionalità politica

che gli è propria, la sua individuazione e, in secondo luogo, al giudice delle leggi verificarne, in sede di controllo, la conformità all'ordito costituzionale, in termini di proporzionalità e di ragionevolezza in modo tale che non si determini giammai il sacrificio di uno dei valori in gioco nel proprio contenuto essenziale. La tutela "dell'integrità del paesaggio e dell'ambiente", quindi, per riprendere la lezione di Caravita, "non è (...) assoluta ma suscettibile di estimazione comparativa nell'ordinamento giuridico, poiché esistono altri valori costituzionali che ben possono legittimare il bilanciamento delle tutele"³⁵.

In fondo, una simile esigenza di chiarezza sulla natura del bilanciamento era stata già a suo tempo assolta dalla Corte, sia pur non con la nettezza che contraddistingue la pronuncia sul caso ILVA, nella sentenza n. 94/1985, anche se relativamente alla tutela del paesaggio (*ex art. 9 Cost.*): "il paesaggio, unitamente al patrimonio storico ed artistico della Nazione, costituisce un valore cui la Costituzione ha conferito straordinario rilievo, collocando la norma che fa carico alla Repubblica di tutelarlo tra i principi fondamentali dell'ordinamento. (...) Basti rilevare come (...) il perseguimento del fine della tutela del paesaggio (e del patrimonio storico ed artistico nazionale) sia imposto alla Repubblica, vale a dire allo stato-ordinamento e perciò, nell'ambito delle rispettive competenze istituzionali, a tutti i soggetti che vi operano".

Ed è di palmare evidenza che così debba essere, "volta che, in via generale, la tutela del paesaggio non può venire realisticamente concepita in termini statici, di assoluta immodificabilità dei valori paesaggistici registrati in un momento dato, ma deve, invece, attuarsi dinamicamente e cioè tenendo conto delle esigenze poste dallo sviluppo socio-economico del paese per quanto la soddisfazione di esse può incidere sul territorio e sull'ambiente".

Si vuol dire con ciò "che, fermo il riparto delle competenze disposto da norme costituzionali e sulla base di esso, la tutela del paesaggio presuppone, normalmente, la comparazione ed il bilanciamento di interessi diversi, in

³⁵ B. CARAVITA, *Il bilanciamento tra costi economici e costi ambientali in una sentenza interpretativa della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 2/1991, pp. 525 ss.

particolare degli interessi pubblici rappresentati da una pluralità di soggetti, la cui intesa è perciò necessario perseguire di volta in volta, se comune a tutti è il fine costituzionalmente imposto, appunto, della tutela del paesaggio”.

È ben chiaro, allora, come, su questi presupposti, la Corte costituzionale, nelle pronunce successive, abbia avuto modo di estendere questo ragionamento anche alla tutela dell’ambiente.

E non è un caso se, alla luce di queste acquisizioni della giurisprudenza costituzionale, sia stata efficacemente richiamata l’immagine del pendolo, che – quale sistema fisico che si caratterizza *naturaliter* per l’oscillazione – “non evoca certo una gerarchizzazione astratta e rigida degli interessi, ma la ricerca di equilibrio nei casi concreti”, *dinamicamente*. “Per rimanere in tale sistema, il ‘deciso spostamento’ non può che essere riferito al punto di partenza e ritorno del pendolo, dunque solo a una ridefinizione d’ampiezza dell’arco di movimento. La metafora sta quindi a rappresentare una riduzione dei sacrifici che l’interesse ambientale (pubblicistico e pertanto posto in primis in capo all’autorità) può costituzionalmente tollerare a fini di soddisfazione dell’interesse alla libera attività economica (e forse pure degli altri interessi la cui realizzazione passa per lo svolgimento di questa). Con la conseguente riduzione dell’ambito entro cui le operazioni di bilanciamento tra tali interessi vanno svolte. E ciò significa proprio riaffermare la necessità di tale bilanciamento nel quadro costituzionale che si compone dopo la revisione”³⁶.

In ogni caso, non si può negare che la soluzione del conflitto tra ambiente e impresa rimane di particolare complessità³⁷, nella misura in cui dipende dalla conoscenza

³⁶ Così P. LOGROSCINO, *Economia e ambiente nel “tempo della Costituzione”*, cit., p. 94.

³⁷ Complessità, invero, che aumenta in considerazione dell’impatto della disciplina euro-unitaria. Si pensi, a titolo esemplificativo, al Regolamento Tassonomia (Reg. UE 2020/852), in vigore dal primo gennaio 2022, che individua definizioni comuni in base alle quali un’attività economica può essere considerata sostenibile dal punto di vista ambientale. In particolare, per essere eco-compatibile, un’attività economica deve soddisfare precisi criteri (fornire un contributo sostanziale ad almeno uno dei 6 obiettivi ambientali; essere svolta nel rispetto di garanzie sociali minime; non arrecare un “danno significativo” all’ambiente – formula, quest’ultima, che pone questioni di coordinamento con quella più restrittiva del novellato art. 41, secondo comma, Cost., che non contiene aggettivi –: i concetti di “contributo sostanziale” e

tecnica (al punto che, anche in questa materia, rimane aperto il problema dell'eventuale esistenza di una "riserva di scienza", e dei correlati confini del sindacato di costituzionalità).

Sotto il secondo profilo, l'inserimento, invece, nel terzo comma, del riferimento ai "fini ambientali" rappresenta senza dubbio una novità interessante, che legittima nuove forme di programmazione economica e di controlli sull'attività economica pubblica e privata (tutte da esplorare, nel nuovo contesto della "transizione ecologica" dell'economia³⁸), dando nuova linfa ad una norma costituzionale che, come si accennava precedentemente, taluni autori hanno troppo frettolosamente liquidato, ritenendola implicitamente abrogata alla luce della c.d. Costituzione economica europea improntata ai principi (più liberali) di un'economia sociale di mercato fortemente competitiva ovvero di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza. Anzi, proprio il novellato art. 41, terzo comma, lungi dal porsi in contrasto con i principi euro-unitari, potrebbe rappresentare una base giuridica valida per giustificare un forte impegno delle istituzioni italiane nel contesto unionale onde contribuire alla transizione ecologica³⁹ dell'economia europea attraverso nuove forme di pianificazione condivisa multilivello.

D'altronde, è proprio in quest'ottica che rinvia una *rafforzata legittimazione costituzionale* lo stesso Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Certo, non si può nascondere che l'idea stessa di resilienza sia intrinsecamente contraddittoria e criticabile – ispirata ad una sorta di economicismo "naturalizzato", al punto che Giuliano Amato, in una lucidissima intervista rilasciata all'*Osservatore Romano*, ha asserito che "parlare di resilienza sarebbe come cercare di prevenire un conflitto atomico soltanto procurandosi dei bunker", senza perciò intervenire sulle cause dei fenomeni –.

di "danno significativo" sono specificati sulla base di criteri di vaglio tecnico differenziati in base ai macro-settori economici.

³⁸ Su cui, v. anche L. AMMANNATI – A. CANEPA, *Intervento pubblico e finanza sostenibile per la transizione ecologica*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 4/2022, pp. 136 ss.

³⁹ Su cui, da ultimo, v. R. CINGOLANI (a cura di), *Riscrivere il futuro, La transizione ecologica equa e accessibile*, Solferino, Milano, 2023.

Il concetto stesso di “resilienza”, applicato al lessico giuridico-politico, dovrebbe perciò essere rettamente inteso: se si vuole ricorrere al lemma per sostenere l’esigenza di un “adattamento ai cambiamenti climatici” – come emerge dagli ultimi documenti dell’Unione Europea –, *nulla queastio*, sul presupposto che, giunti a questo momento dell’Antropocene, il cambiamento climatico sembra essere irreversibile (sicché, più che di misure di contrasto ad esso, si dovrebbe – per l’appunto – discorrere di “adattamento”, per far sì che la portata del *climate change* non sia ulteriormente amplificata nella sua gravità)⁴⁰.

Ma, se per “resilienza” si intende una recezione supina di *ogni* cambiamento (a partire dai mutamenti della struttura economica), allora il rischio è che tale espressione tradisca un’ideologia di passivizzazione della società, che riduce la politica a mera amministrazione (così perdendo, essa, la sua carica ideale e ordinante) e che, in ultima istanza, pone in questione la stessa essenza prescrittiva del costituzionalismo.

Come un’analisi “quantitativa” ha mostrato⁴¹, poi, a fronte di espressioni frequentissime come “competitività”, “digitale”, “concorrenza”, etc. (il che certo non stupisce, vista l’importanza anzitutto economica del Piano), sono impiegate raramente nel testo del PNRR le “formule” del costituzionalismo democratico-sociale (due volte appena compare la parola “solidarietà”, altrettante volte l’espressione “uguaglianza sostanziale”, cinque volte “equità”...). In questo contesto, il linguaggio stesso è segnalatore di un’idea di *governance* – ecco un tratto

⁴⁰ Il riferimento è ai documenti, euro-unitari e nazionali, legati alla “Strategia di adattamento” ai cambiamenti climatici. In particolare, più recentemente, il 24 febbraio 2021 la Commissione Europea ha adottato la comunicazione “Forgiare un’Europa resiliente ai cambiamenti climatici – la nuova strategia dell’UE sull’adattamento ai cambiamenti climatici”, la quale delinea una prospettiva a lungo termine protesa a “ridurre al minimo la vulnerabilità agli impatti dei cambiamenti climatici”, in linea con gli accordi di Parigi del 2015 e con la c.d. legge europea sul clima. La ‘filosofia’ dell’adattamento si articola in tre obiettivi: “adattamento più intelligente” (segnatamente ai fini di una migliore raccolta dei dati scientifici e di una più efficace gestione dell’incertezza), “adattamento sistemico” (per sviluppare le politiche dell’Unione e degli Stati membri attraverso tre priorità trasversali: politica macrofiscale, soluzioni basate sulla natura, azioni di adattamento locale), “adattamento più rapido” (per accelerare l’implementazione dell’adattamento nelle diverse politiche).

⁴¹ A. CANTARO, *Post-pandemia. Pensieri (meta)giuridici*, Giappichelli, Torino, 2021, su cui sia consentito il richiamo ad A. LAMBERTI, *Oltre la pandemia: brevi riflessioni*, in *Ambiente Diritto*, 2022, pp. 1-5.

comune che involge il pre-pandemia, la gestione pandemica e il post-pandemia – di ispirazione tecnocratica, espressione di una “democrazia dall’alto”.

Ma, appunto, certamente non si tratta di un problema meramente linguistico, confinato nella dimensione semantica e lessicale.

La questione è se – nella sua concreta attuazione – il Piano saprà davvero essere all’altezza dei suoi obiettivi, assolvendo alla cruciale funzione di *recovery*⁴² in un equilibrio sapiente tra libertà e sicurezza, tra le spinte centrifughe delle dinamiche economiche di mercato e le esigenze solidaristiche e di protezione⁴³, nella consapevolezza che “davanti a emergenze gravissime, frutto non di circostanze occasionali, ma di cambiamenti profondi tali da esigere trasformazioni non meno profonde (e non temporanei tamponi), serve bensì un forte potere centrale e tuttavia si debba anche contare sulle responsabilità di cui è intrisa, e capace, la società nel suo insieme, con le sue istituzioni territoriali, le sue autonomie private, le sue aggregazioni di interessi collettivi e sociali”⁴⁴.

Equilibrio, questo, che potrà essere garantito da uno Stato non più soltanto regolatore⁴⁵, ma anche “gestore”⁴⁶, come “promotore di attività”⁴⁷ e “distributore di risorse a chi è forzatamente inattivo”⁴⁸, e al contempo “immune da vecchi vizi e lontano, in ogni circostanza dall’*hybris* dell’accentramento autoritario”⁴⁹.

Occorre, allora, “vigilare” sull’implementazione del processo rinnovatore e riformatore, verificare, cioè, se si saprà realizzare la multiforme anima della *recovery*, sfuggendo alle tentazioni tecnocratiche od economicistiche e realizzando nell’azione politica un nuovo stadio – non solo dello “Stato globale” – ma del costituzionalismo *democratico, sociale e ambientale* (in una direzione sicuramente

⁴² V., sul tema, M. PANEBIANCO, *Lo Stato anti-crisi globale. Il Recovery State*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, su cui sia consentito il rinvio alla recensione di A. LAMBERTI, in *Iura and Legal Systems*, 1/2022, pp. 19-22.

⁴³ Su cui, v., di recente, G. AMATO, *Bentornato Stato, ma*, Il Mulino, Bologna, 2022.

⁴⁴ Ivi, p. 98.

⁴⁵ v. A. PISANESCHI, *Dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore. E ritorno?*, Giappichelli, Torino, 2009.

⁴⁶ G. AMATO, *Bentornato Stato, ma*, cit., p. 68.

⁴⁷ Su cui, cfr. F. BASSANINI, G. NAPOLITANO, L. TORCHIA (a cura di), *Lo Stato promotore. Come cambia l’intervento pubblico nell’economia*, Il Mulino, Bologna, 2021.

⁴⁸ G. AMATO, *Bentornato Stato, ma*, cit., p. 98.

⁴⁹ Ivi, p. 100.

intrapresa dalla recente legge cost. 1/2022 di modifica degli artt. 9 e 41 Cost.) secondo le logiche inclusive della “cura”, della coesione sociale e dell’interesse delle future generazioni.

Pur con queste inevitabili cautele, comunque, non si può certamente sottovalutare l’ampia attenzione che il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza dedica alla transizione ecologica, peraltro nel quadro di un rinnovato contesto istituzionale (segnatamente, il d.l. n. 22/2021 ha significativamente istituito il Ministero della Transizione ecologica, ora diversamente denominato, ma con l’importante attribuzione ad esso anche delle politiche energetiche prima rimesse alla competenza del Ministero per lo sviluppo economico; né, ancora, può trascurarsi il ruolo del CITE, Comitato Interministeriale per la Transizione Ecologica, previsto dall’art. 57-bis del Testo Unico Ambientale).

In particolare, il pilastro della transizione *green* del PNRR deriva direttamente dal *Green Deal Europeo* e dal doppio obiettivo di raggiungere la neutralità climatica entro il 2050 e di ridurre entro il 2030 le emissioni di gas serra del 55 per cento rispetto al 1990. Sul punto – ed è questo un dato economicamente di notevole rilievo, *a fortiori* alla luce del novellato art. 41 Cost. e dei “fini ambientali” ivi riconosciuti – è previsto un minimo del 37 per cento della spesa per investimenti e riforme programmata nei Piani Nazionali per il sostegno dei predetti obiettivi climatici; né va sottaciuto che, “più in generale, tutti gli investimenti e le riforme previste dai PNRR anche in relazione agli altri cinque pilastri, devono rispettare il principio del ‘non arrecare danni significativi’ all’ambiente, in un’ottica olistica e globale”⁵⁰. Il PNRR prevede, inoltre, l’intera Missione n. 2 dedicata alla “rivoluzione verde e transizione ecologica”, con uno stanziamento di risorse per complessivi 59,47 miliardi di euro, nel quadro di quattro sottocapitoli (economia circolare e agricoltura sostenibile; energia rinnovabile, idrogeno, rete e mobilità sostenibile; efficienza energetica e riqualificazione degli edifici; tutela del territorio e della risorsa idrica).

⁵⁰ L. BUTTI – S. NESPOR, *Il diritto del clima*, Mimesis, Milano, 2022, p. 231.

Accanto a queste importanti misure, poi, occorre ricordare che, con il d.l. 31 maggio 2021, n. 77 (c.d. Decreto Semplificazioni), “anche la disciplina per la valutazione ambientale dei progetti del PNIEC è stata modificata e integrata per comprendere la valutazione dei progetti per l’attuazione del PNRR. In questo senso le semplificazioni hanno indicato come gli interventi necessari alla realizzazione dei progetti strategici per la transizione energetica del Paese inclusi nel PNRR e al raggiungimento degli obiettivi fissati nel PNIEC e le opere connesse costituiscano interventi di pubblica utilità, indifferibili e urgenti”⁵¹.

Proprio dal novellato art. 41 Cost., infine, si può trarre l’indicazione di un’implicita costituzionalizzazione del principio di *sostenibilità*⁵² (pur non essendo stato espressamente positivizzato dalla legge cost. 1/2022, il che non ha mancato di suscitare alcune critiche), entro una prospettiva che si colloca (ed anzi la rafforza, grazie alla vocazione più spiccatamente sociale della nostra Costituzione) nel solco dei principali documenti internazionali⁵³ (a partire dal celebre Rapporto Brundtland del 1987), che accolgono una “triplice” visione di sostenibilità (si pensi, ad esempio, al summit mondiale sullo sviluppo sostenibile del 2005), intesa come:

a) sostenibilità ambientale, cioè la capacità di mantenere la qualità, la

⁵¹ Ivi, pp. 231-232.

⁵² Sul tema, v. l’ampio studio di D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Giappichelli, Torino, 2018.

⁵³ Già nel 1980 vi fu una prima definizione del principio, in un Rapporto della *International Union for Conservation of Nature and Natural Resources*, in cui si indicava che lo sviluppo avrebbe potuto essere sostenibile solo se non avesse ostacolato la conservazione della natura (rapporto “The World Conservation Strategy – Living Resource Conservation for Sustainable Development”). È dal 1986, però, cioè dall’enunciazione formulata in *Our common future* dalla Commissione ONU su ambiente e sviluppo, che lo sviluppo sostenibile è stato inserito in centinaia di trattati bilaterali e multilaterali. Ancora, nella Dichiarazione di Rio (1992) il Principio n. 4 stabilisce che “per raggiungere lo sviluppo sostenibile la protezione dell’ambiente deve costituire una parte integrante del processo di sviluppo e non può essere presa in considerazione separatamente da quest’ultimo. Ancora, l’articolo 3, par. 4, della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sul cambiamento climatico afferma che “le Parti hanno il diritto allo sviluppo sostenibile e lo devono promuovere” e la coeva Convenzione sulla diversità biologica fornisce una definizione di sviluppo sostenibile come “uso dei componenti della diversità biologica con modalità che non conducano a un declino della diversità nel lungo periodo, con ciò mantenendo il potenziale di soddisfare i bisogni e le aspirazioni della generazione presente e di quelle future”. Per ulteriori approfondimenti, v. S. NESPOR, *Principi internazionali*, in ID. – L. RAMACCI (a cura di), *Codice dell’Ambiente. Profili generali e penali*, Giuffrè, Milano, 2022, pp. 21-23. V. anche F. BROCCIERI, *I negoziati sul clima. Storia, dinamiche e futuro degli accordi sul cambiamento climatico*, Edizioni Ambiente, Milano, 2020, *passim*.

riproducibilità e la disponibilità delle risorse naturali; *b*) sostenibilità economica, cioè la capacità di garantire efficienza economica e di generare reddito e lavoro; *c*) sostenibilità sociale, vale a dire la capacità di garantire la qualità della vita e le condizioni di benessere umano legate a sicurezza, salute, istruzione, democrazia, partecipazione, giustizia.

Un riconoscimento costituzionale, questo, ancorché non espresso, desumibile altresì dal richiamato “interesse alle future generazioni”, se è vero che – come è stato autorevolmente osservato – proprio “la costituzionalizzazione delle generazioni future recupera implicitamente tutto l’*acquis* legato alla sostenibilità, stabilendosi che l’uso delle risorse deve tener conto anche di chi viene dopo di noi. E questo non è un principio scontato all’interno di una costituzione che nasce (...) in un contesto di economia industriale orientata alla crescita”⁵⁴. Il richiamo esplicito agli interessi delle future generazioni, quindi, “impone al legislatore l’adozione di provvedimenti volti a garantire un uso equo, prudente e razionale delle risorse oltre al dovere di bilanciare tale obiettivo con gli interessi economici e sociali”⁵⁵.

In tale prospettiva, allora, la tutela dell’ambiente assume una valenza non solo statica e “protezionistica”, ma dinamica e a tutto tondo, nel senso che non può esservi autentica tutela senza, al contempo, un vettore “dinamico” di promozione e valorizzazione, che include il coordinamento e l’indirizzo dell’attività economica a fini sociali e ambientali: com’è stato efficacemente scritto, cioè, “sembra inconcepibile pensare ad una tutela dell’attuale assetto ambientale in favore delle future generazioni, se non lo si collega ad una valorizzazione dell’oggetto che si intende tramandare, e che – assiomaticamente – non può essere qualcosa cui non si attribuisce valore e che, a pena che deperisca, non viene adeguatamente promosso, oltre che tutelato”⁵⁶.

⁵⁴ Così R. BIFULCO, *Prmissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell’ambiente*, cit., p. 8.

⁵⁵ Così L. SALVEMINI, *Il nuovo diritto dell’ambiente tra recenti principi e giurisprudenza creativa*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 131.

⁵⁶ Così G. COCCO, *Ordinamento costituzionale*, in S. NESPOR – L. RAMACCI (a cura di), *Codice dell’Ambiente. Profili generali e penali*, cit., p. 162.

In questo contesto, pertanto, viene a rafforzarsi la valenza del principio dello sviluppo sostenibile⁵⁷ sancito, a livello di normativa di fonte primaria, nell'art. 3-quater del d.lgs. 152/2006 (recante il c.d. codice dell'ambiente), che qualifica espressamente lo "sviluppo sostenibile" come principio generale dell'azione ambientale, affermando che "ogni attività umana giuridicamente rilevante (...) deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile"⁵⁸.

Già a livello di legislazione ordinaria, quindi, il legislatore "sembra superare l'idea di una nozione-ossimoro ritenendo realizzabile un equilibrato rapporto tra dinamiche della produzione e del consumo e qualità dell'ambiente": una prospettiva, questa, "che può essere giustificata nel contesto di un'ampia idea di solidarietà cd. ambientale che, come affermato dalla dottrina, è da ricondurre alla previsione di cui all'art. 2 della Costituzione quale pre-condizione della solidarietà politica economica e sociale"⁵⁹. Sicché questa impostazione "conduce a delineare i caratteri di un vero e proprio principio di equilibrio, come tale espressione di una sintesi armonica tra componenti diverse e antagoniste da ricondurre a sistema": "un principio che non è destinato a rimanere 'in potenza', ma a tradursi 'in atto', essendo l'azione dell'amministrazione pubblica il 'laboratorio' nell'ambito del quale poter osservare il *quomodo* dell'attuazione dello sviluppo sostenibile"⁶⁰.

Non si può trascurare, infine, che la novella costituzionale mostra evidenti punti di contatto con gli obiettivi dei Trattati UE, caratterizzati da un *favor* nei confronti del principio dello sviluppo sostenibile. Quest'ultimo, inserito per la prima volta nel Trattato CE con il Trattato di Amsterdam, trova plurimi riscontri nei vigenti Trattati, sia nel preambolo del TUE (ove si legge che gli Stati contraenti sono "determinati a promuovere il progresso economico e sociale dei loro popoli, tenendo conto del principio dello sviluppo sostenibile nel contesto della

⁵⁷ Su cui, v. anche M. ANTONIOLI, *Sostenibilità dello sviluppo e governance ambientale*, Giappichelli, Torino, 2016, in particolare pp. 5 ss., 37 ss., 89 ss.

⁵⁸ In tema, v. E. FREDIANI, *Lo sviluppo sostenibile: da ossimoro a diritto umano*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2017, in particolare p. 628.

⁵⁹ *Ibidem*. L'A. richiama, sul punto, le posizioni di F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e dovere di solidarietà ambientale*, in *Diritto dell'economia*, 2002, pp. 215 ss.

⁶⁰ E. FREDIANI, *Lo sviluppo sostenibile: da ossimoro a diritto umano*, cit., p. 628.

realizzazione del mercato interno e del rafforzamento della coesione e della protezione dell'ambiente") sia in tre importanti disposizioni: l'articolo 3, par. 3, che elegge lo sviluppo sostenibile tra i fini generali dell'Unione (sempre nel quadro del perseguimento delle tre dimensioni economica, sociale e ambientale); l'art. 3, par. 5, il quale, con riguardo all'azione esterna dell'Unione, afferma che "nelle relazioni con il resto del mondo l'Unione afferma e promuove i suoi valori e interessi, contribuendo alla protezione dei suoi cittadini" e "contribuisce" altresì "allo sviluppo sostenibile della Terra"; e, infine, l'art. 21, secondo il quale l'Unione si impegna, *inter alia*, a favorire lo sviluppo sostenibile dei paesi in via di sviluppo sul piano economico, sociale e ambientale⁶¹.

In buona sostanza, dunque, può essere condivisa la tesi che considera la sostenibilità come principio costituzionale implicito, in un contesto più generale – peraltro – di tendenziale ritorno dell'interventismo statale nell'economia di cui la crisi ambientale e climatica rappresenta un importante fattore condizionante. Più specificamente, quindi, riferendosi al terzo comma dell'art. 41 (anche) alla programmazione economica, "si potrebbe ipotizzare che accanto a una programmazione di tipo classico, caratteristica delle società che si trovano in una fase di crescita esponenziale dello sviluppo industriale, si affianchi un nuovo tipo di programmazione, che potrebbe essere chiamata programmazione 'verde' (...)", nel senso che mentre la prima "ha, per l'appunto, sempre e comunque l'obiettivo dello sviluppo industriale, la seconda persegue prevalentemente il fine della tutela ambientale"⁶².

⁶¹ Per ulteriori approfondimenti, cfr. M. MONTINI, *Ordinamento dell'Unione Europea*, in S. NESPOR – L. RAMACCI (a cura di), *Codice dell'Ambiente. Profili generali e penali*, cit., pp. 118-120.

⁶² In questi termini D. A. PISANI, *Tutela dell'ambiente, sviluppo sostenibile e libertà di iniziativa economica privata nella recente revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione italiana*, in R. LUPI – M. FIORAVANTI (a cura di), *Il ritorno dello Stato. Spunti giuridici per un rapporto equilibrato tra mercato e intervento pubblico*, Cedam, Padova, 2023, p. 237.

La sfida della digitalizzazione della pubblica amministrazione nel quadro dei valori costituzionali: tra open data, riuso delle informazioni pubbliche e diritto al buon andamento

di

Gianluca Fasano*

SOMMARIO: PARTE II: 4. Nuove tecnologie, eguaglianza e diritto alla buona amministrazione.
– 5. Conclusioni.

4. Nuove tecnologie, eguaglianza e diritto alla buona amministrazione.

L'apertura dei dati non equivale di per sé ad amministrazione aperta. Se gli open data, nell'ambito del più ampio processo di digitalizzazione della pubblica Amministrazione, muovono prevalentemente verso un nuovo approccio organizzativo di questa, al fine comprensibile di promuovere e sostenere lo sviluppo dell'economia dei dati attraverso il riuso del patrimonio informativo pubblico, occorre sviluppare una riflessione di sistema sui principi dell'organizzazione pubblica e ricondurre le nuove tecnologie entro la prospettiva, costituzionalmente orientata, di assicurare la centralità della persona e la garanzia dei diritti fondamentali. Anche in chiave europea, il diritto ad una buona amministrazione, di cui all'art. 41 della CDFUE, va considerato conseguenza dell'esistenza dell'Unione in quanto comunità di diritto¹, secondo le indicazioni

*Dirigente Tecnologico dell'Istituto di Scienze e Tecnologie della Cognizione del CNR.

¹ V. Corte di Giustizia, sentenza del 23 aprile 1986, causa 294/83, Les Verts/Parlamento, in Racc., 1986; anche parere del 14 dicembre 1991, in Racc., 1991, I-6079, p.to 19.

sviluppate dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha consacrato la buona amministrazione come principio generale di diritto (sulla base dell'art. 6 TUE)².

Un primo riferimento può esser assunto dalla strategia europea denominata approccio umanocentrico, con cui si concentra l'attenzione sulla complessa trama di relazioni che vengono ad instaurarsi tra persone e sapere tecnologico. Nel dibattito istituzionale³ e scientifico⁴ si fa sempre più strada una concezione protetica⁵, che riconosce alle nuove tecnologie il compito di espandere i confini della cognizione umana, determinando la liberazione della persona dai propri limiti cognitivi e assicurando alla società intera una profonda innovazione⁶. Lo spazio della cognizione umana si espande considerevolmente incidendo - sia in senso positivo che negativo - i diritti fondamentali, ricadendo su limiti, tempi, modi e forme di esercizio dei diritti.

A livello europeo tale visione è stata tradotta nella strategia per lo sviluppo di un AI affidabile⁷, in particolare nella *Communication "Building Trust in Human-Centric*

² Cfr., tra l'altro, la sentenza della Corte del 31 marzo 1992, causa C-255/90 P, Burban, Racc. 1992, pag. I-2253, Corte di Giustizia, sentenza 29 maggio 1997, causa C-299/95, Kremzow c. Commissione, in Racc. 1997, I-2629, "i diritti fondamentali [tra i quali rientra quello ad una buona amministrazione] fanno parte integrante dei principi generali del diritto, dei quali il giudice comunitario garantisce l'osservanza"; v. anche il parere 2/94 del 28 marzo 1996, Racc.1996, I-1759 e le sentenze del Tribunale di primo grado del 18 settembre 1995, causa T-167/94, Nölle, Racc.1995, pag. II-2589; del 9 luglio 1999, causa T-231/97, New Europe Consulting e altri, Racc. 1999, pag. II-2403.

³ Il 18 febbraio 2020, Il Ministro per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione e il Presidente della Fondazione Leonardo hanno firmato un protocollo d'intesa, per definire il contesto etico e giuridico all'interno del quale sviluppare e applicare l'intelligenza artificiale, in particolare per rispondere alle esigenze della Pubblica Amministrazione.

⁴ J. SCHNAPP - A. BURDICK - J. DRUCKER - P. LUNENFELD - T. PRESNER, *Umanistica Digitale*, Milano, 2014.

⁵ La visione protetica venne teorizzata almeno un ventennio fa da V. FROSINI, *Il giurista e le tecnologie dell'informazione*, Roma, 1998, 58, il quale evidenziava come l'informatica avesse determinato una vera mutazione antropologica: "Dialogare attraverso le macchine, o con le macchine stesse, non è la stessa cosa di conversare a viva voce: si adopera una protesi intellettuale, che modifica il procedimento del conoscere e del comunicare. L'uomo è divenuto essenzialmente diverso da quello che è stato in tutti i tempi, e non potrebbe tornare indietro senza perdere la sua nuova umanità, che gli è stata conferita dalla cultura informatica di massa".

⁶ Cfr. A. SIMONCINI, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in R. CAVALLO PERIN - D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020, 3.

⁷Nell'ambito della Strategia europea per l'Intelligenza Artificiale, la Commissione europea ha pubblicato il 21 aprile, la **proposta di Regolamento sull'approccio europeo all'Intelligenza**

*Artificial Intelligence*⁸, con cui la Commissione Europea ha recepito i requisiti fondamentali stabiliti negli *Orientamenti etici per una Intelligenza artificiale affidabile* predisposto dal Gruppo di Alti esperti sull'AI. Più di recente, l'approccio umano-centrico è stato posto alla base della «Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale», in cui, ancora una volta, il regolatore è chiamato a ponderare il bisogno di tutela della persona con la forte spinta verso la promozione dell'economia digitale⁹.

L'approccio umano-centrico della strategia politica europea sull'intelligenza artificiale trova fondamento nei valori stabiliti nel Trattato dell'Unione Europea. In particolare: l'articolo 2 del Trattato promuove la democrazia, il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali, lo Stato di diritto e la solidarietà, valori fondamentali per l'approccio umano-centrico dell'IA, che mette al centro le esigenze e i diritti delle persone¹⁰; l'articolo 3 del Trattato stabilisce gli obiettivi dell'Unione, tra cui la promozione del benessere dei suoi cittadini e la costruzione di un'Europa socialmente responsabile, laddove l'approccio umano-centrico dell'IA si propone di migliorare la qualità della vita delle persone e di promuovere il benessere sociale; l'articolo 114 del Trattato fornisce una base giuridica per l'adozione di norme armonizzate a livello europeo per il funzionamento del mercato interno, e così l'approccio umano-centrico dell'IA si concentra sulla

Artificiale [COM(2021) 206 final] che propone il **primo quadro giuridico europeo sull'IA, fondato sulla visione umano-centrica**. Il nuovo approccio europeo fa seguito ad una serie di iniziative intraprese negli ultimi anni, tra cui, la consultazione pubblica sul Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale (COM 2020) 65 final del 19 febbraio 2020) e gli Orientamenti etici per una Intelligenza artificiale affidabile, del Gruppo ad alto livello sull'intelligenza artificiale, pubblicate l'8 aprile 2019.

⁸ Cfr. COM(2019)168 final, 8 aprile 2019.

⁹ I dati sono considerati una risorsa essenziale per il progresso sociale in generale, e in particolare per la crescita economica, la competitività, l'innovazione e la creazione di posti di lavoro. Nel considerando 4 troviamo espressamente delineati i valori in gioco, evidenziando che «La visione dell'UE per la trasformazione digitale mette al centro le persone, conferisce loro maggiore autonomia e responsabilità e promuove le imprese innovative» ([26.1.2022 COM\(2022\) 28 final](#)).

¹⁰ Sull'art. 2 TUE v. il commento di S. MANGIAMELI, *Article 2*, in H.-J. BLANKE – S. MANGIAMELI (Eds.), *The Treaty on European Union (TEU) – A Commentary*, Springer Heidelberg, 2013, 109-157.

necessità di sviluppare un quadro normativo armonizzato per regolare l'uso dell'IA.

Ebbene, anche il tema dell'accessibilità e condivisione del patrimonio informativo pubblico va canalizzata entro questo approccio. E, dal momento in cui l'utilizzo delle nuove tecnologie investe l'agere amministrativo tale approccio diviene ancor più radicale, dovendosi collocare in una prospettiva costituzionalmente orientata, di guisa da concedere piena attuazione non soltanto ai principi di buon andamento e imparzialità (art. 97 C.), oggi convalidati a livello europeo dal diritto alla buona amministrazione (art. 41 CDFUE), ma soprattutto ai principi di eguaglianza e di pari dignità sociale (art. 3 C.) e, in generale, ai diritti costituzionali tutti, secondo la prospettiva dei principi dello Stato di diritto.

Si impone, quindi, una riflessione di sistema che possa condurre a riconoscere il valore costituzionale di questo asset. Già da tempo la nostra dottrina ha chiarito che la disciplina della pubblica amministrazione non possa ricavarsi soltanto da due articoli (solitamente richiamati, l'articolo 97 e 95), ma dall'«intera Costituzione», ricca di tante altre disposizioni che in varia misura si riferiscono all'amministrazione¹¹ e che indicano le fondamenta su cui operare la transizione digitale.

In tal senso, non sembra coerente affermare che non vi sono disposizioni costituzionali che facciano riferimento agli *open data* e parrebbe riduttivo richiamare soltanto l'art. 117 Cost., co. 2, lett. r), che assegna alla potestà legislativa esclusiva dello Stato la materia, fra le altre, del «coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale»¹².

¹¹ Giova ricordare le note parole di Carlo Esposito «Chi voglia sapere come è disciplinata l'amministrazione nella nostra Costituzione, non deve leggere due soli articoli, ma l'intera Costituzione» (*Riforma dell'Amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, cit., 248), con cui l'Autore «esprimeva un giudizio che sarebbe divenuto il "programma di lavoro" per l'indagine giuridica sul tema Costituzione repubblicana e pubblica amministrazione», G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa. Principi, in Sistema del diritto amministrativo italiano*, diretto da F.G. SCOCA – F.A. ROVERSI MONACO – G. MORBIDELLI, Torino, 2013, 37.

¹² Sul tema del coordinamento informativo è intervenuta anche la Corte costituzionale, con sentenza n. 133 del 2008, secondo cui l'attribuzione a livello centrale della suddetta materia «corrisponde alla necessità di assicurare una comunanza di linguaggi, di procedure e di

Un fondamento che merita di esser posto in evidenza riguarda il principio di sussidiarietà orizzontale (Cost. art. 118, comma 4) in forza del quale l'amministrazione è chiamata a favorire «l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale». In questa prospettiva, l'accessibilità e la condivisione del patrimonio informativo pubblico non è più funzionale soltanto a «promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali», ma esige un 'cambio di rotta', costituendo la base per poter comporre un «nuovo paradigma pluralista e paritario»¹³ nell'ambito della relazione amministrazione-cittadini. Attualmente, tale riferimento pare fondare il percorso di valorizzazione del patrimonio informativo pubblico soltanto su un piano formale, considerate le note difficoltà per i cittadini, vuoi per via della scarsità di risorse economiche che di strumenti tecnici, di estrarre conoscenza dai dati pubblici¹⁴.

Una decisiva spinta, inoltre, verso la centralità della persona e la garanzia dei suoi diritti, può esser assicurata attraverso un'interpretazione nell'ordinamento nazionale dei principi dell'organizzazione pubblica (art. 97 C.) alla luce dei principi del costituzionalismo, così come il «diritto alla buona amministrazione» (art. 41 Carta)¹⁵ assicura nell'applicazione del diritto europeo gli stessi principi, alla luce dei diritti garantiti dalla Carta.

standard omogenei, in modo da permettere la comunicabilità tra i sistemi informatici della pubblica amministrazione (sentenze n. 31 del 2005 e n. 17 del 2004)».

¹³ Cfr. G. ARENA, *Cittadini attivi*, Roma, 2011, secondo l'Autore «la sussidiarietà è destinata ad avere un impatto enorme sulla teoria e sulla pratica dell'amministrazione, in quanto, mettendo radicalmente in discussione il vecchio paradigma bipolare rende possibile la costruzione di un sistema amministrativo fondato su un nuovo paradigma pluralista e paritario anziché su quello bipolare e gerarchico tradizionale».

¹⁴ Per gestire la complessità e ricchezza dei dati che ogni giorno processiamo servono strumenti automatizzati e altamente standardizzati, vale a dire processi industriali per il riutilizzo dei dati. A ben vedere, nemmeno la pubblica amministrazione dispone di una capacità industriale equivalente a quella privata.

¹⁵ In dottrina si veda il *Forum su «La Carta europea dei diritti»*, nel numero 1 del 2001 della rivista *Diritto pubblico comparato ed europeo*, con contributi di U. DE SIERVO, V. ATRIPALDI, G.G. FLORIDIA, A. GIOVANNELLI, M. LUCIANI, S. MANGIAMELI, E. PAGANO, A. RUGGERI, R. TONIATTI; D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl.*

Ad oggi, il processo di integrazione europea ha contribuito in modo significativo a determinare i cambiamenti, sia a livello normativo che giurisprudenziale, nel nostro sistema amministrativo, soprattutto a seguito della adozione della Carta nel 2007 in collegamento con l'art. 6, para. 1, TUE nella versione di Lisbona che attribuisce alla Carta di Nizza «lo stesso valore giuridico dei trattati»¹⁶.

Tuttavia, tale processo, per il principio di buona amministrazione, è ancora in fieri¹⁷ e conduce il legislatore nazionale a un superamento dell'approccio tradizionale del nostro ordinamento, in forza del quale la buona amministrazione è una qualità da assicurare agli uffici che esercitano il potere pubblico e non l'oggetto di una specifica pretesa da parte del cittadino¹⁸. Nondimeno, la stessa funzione amministrativa dovrà esser esercitata in funzione del parametro europeo della buona amministrazione, innovativo rispetto al concetto di buon andamento in cui

comun., 2005, 819 ss.; A. CELOTTO, M. CARTABIA, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur. cost.*, 2002, 4488s.; R. BIN, *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli 2011, p. 374. La Corte costituzionale, nell'argomentare le proprie decisioni (Corte cost., sent. 24 aprile 2002, n. 135, e sent. 24 ottobre 2002, n. 445) si riferisce *ad adiuvandum* alla Carta, precisando che, pur essendo essa «priva di efficacia giuridica», esprime «principi comuni agli ordinamenti europei».

¹⁶ Successivamente alle modifiche di Lisbona la Carta di Nizza ha assunto un peso sempre maggiore in considerazione della nuova veste giuridica vincolante. In giurisprudenza v. C. Cost. n. 138/2010, n. 28/2010 e n. 80/2011 e n. 175/2011. In dottrina A. RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo*, in www.forumcostituzionale.it, 2011; A. RANDAZZO, *Brevi note a margine della sentenza n. 80/2011 della Corte costituzionale*, in www.consultaonline.it, 2011; M. CERASE, *Brevi riflessioni sull'efficacia orizzontale della Carta di Nizza*, in www.europeanrights.it, 2011; A. GUAZZAROTTI, *I diritti fondamentali dopo Lisbona e la confusione del sistema delle fonti*, in www.rivistaic.it, 3/2011, 6; L. TRUCCO, *L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione nella giurisprudenza costituzionale (2000-2015)*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2016, fasc. I. In particolare, con la sent. n. 80/2011 la Consulta ha evidenziato che in sede di modifica del Trattato si è inteso «evitare nel modo più netto che l'attribuzione alla Carta di Nizza dello stesso valore giuridico dei trattati abbia effetti sul riparto delle competenze fra Stati membri e istituzioni dell'Unione», onde escludere che la Carta, pur dopo l'attribuzione del *legal value*, costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali al di là delle competenze dell'Unione europea.

¹⁷ V. ONIDA, *I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona*, in www.europeanrights.it, 2011.

¹⁸ A. ZITO, *Il «diritto ad una buona amministrazione» nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2002, 425 ss.. L'autore evidenzia che «La decisione di inserire tra i diritti fondamentali riconosciuti e tutelati nell'Unione europea anche i diritti che il privato può vantare nei confronti della pubblica amministrazione e della relativa azione è il segno tangibile del superamento di ogni residua visione autoreferenziale del fenomeno amministrativo». D. U. GALETTA, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*, 2010/3, 601ss. Tra le decisioni di merito che richiamano l'art. 41 della Carta si veda Consiglio Stato sez. V, sent. del 07/02/2006, n. 488 e 489.

prevaleva l'aspetto organizzativo dei pubblici uffici (art. 97 Cost.), anche se già la dottrina aveva cercato di estenderlo all'attività amministrativa¹⁹, ammettendone – almeno in una certa misura – un sindacato da parte del giudice²⁰.

Il tema della valorizzazione del patrimonio informativo pubblico, in quest'ultima prospettiva, deve esser centrato non soltanto sulla c.d. buona amministrazione come *principio* ma soprattutto come *pretesa* nei confronti degli apparati statali.

La ricostruzione del rapporto persona-istituzione in termini di pretese che il primo può vantare nei confronti della seconda, vuol dire riconoscere in modo inequivocabile la centralità della persona nei confronti della pubblica amministrazione «nel senso che è il contenuto delle sue pretese a riverberarsi sulle modalità di svolgimento della funzione amministrativa e non il contrario»²¹. Peraltro, dalla collocazione sistematica del diritto alla buona amministrazione nel capo V della Carta, dedicato alla «cittadinanza», si può rintracciare un ulteriore elemento che favorisce la convergenza tra l'approccio umano-centrico della strategia europea e i fondamenti costituzionali dell'Unione.

È vero che nell'ambito del catalogo dei diritti, previsti dall'art. 41, non si fa menzione dell'amministrazione digitale. Esso contempla diritti di natura diversa: il diritto di essere ascoltato prima dell'adozione di un provvedimento pregiudizievole, di accedere al proprio fascicolo nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale e commerciale, di conoscere i motivi della decisione etc. Tuttavia, non può aversi dubbio che il tema della transizione digitale sia connesso col diritto di ogni persona «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» (art. 41, co. 1). Peraltro, è proprio il preambolo alla Carta di Nizza che, tra i suoi scopi, reca la tutela dei diritti fondamentali a fronte degli sviluppi scientifici e tecnologici, per

¹⁹ In tal senso G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo. Lezioni*, Milano, 2013, 22, ove l'autore sottolinea come l'art. 41, in virtù della sua formulazione, sia diretto a salvaguardare più le posizioni degli amministrati che i poteri delle amministrazioni.

²⁰ A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Cedam, Padova 1979.

²¹ A. ZITO, *Il «diritto ad una buona amministrazione» nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2002, 431.

cui, si legge, «è necessario, rendendoli più visibili in una Carta, rafforzare la tutela dei diritti fondamentali alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici».

La strategia di modernizzazione delle amministrazioni attraverso l'ausilio di strumenti digitali che incoraggino e favoriscano il riuso dell'informazione del settore pubblico si regge sulla convinzione che la condivisione del patrimonio informativo pubblico possa contribuire ad accelerare la trasformazione digitale dell'economia, dell'industria e della società europee²². Ma, l'apertura verso l'esterno di questo asset, con il relativo diritto di riuso anche a fini commerciali, non è più importante del ruolo che il sistema pubblico deve occupare per lo sviluppo della persona, utilizzando in chiave costituzionale le innovative soluzioni che la tecnologia moderna offre.

E così la sfida della transizione digitale conduce gli attori pubblici, tanto il legislatore che l'apparato amministrativo²³, a doversi confrontare con le tecnologie dell'informazione e della comunicazione nella loro dimensione di strumenti certamente innovativi per l'organizzazione e la funzione amministrativa (art. 97 Cost) ma pur sempre da orientare verso la realizzazione dei «compiti giuridici connessi alla realizzazione dei diritti»²⁴ e, in definitiva, alla rimozione degli «ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana»

²² Al considerando 51 del Regolamento (UE) 2021/694, che istituisce il programma Europa digitale (*Digital Europe*), è scritto che «La modernizzazione delle pubbliche amministrazioni europee costituisce una delle priorità fondamentali per un'attuazione efficace del mercato unico digitale», in vista dell'obiettivo generale di sostenere e accelerare la trasformazione digitale dell'economia, dell'industria e della società europee.

²³ A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, 2002, p. 61 ss., ravvisa nel capoverso dell'art. 3 della Costituzione un programma di trasformazione sociale, la cui realizzazione chiama in causa prima di tutto la legge (quale strumento di rilevazione politica degli interessi e delle aspettative sociali, in base ai quali costruire quelle soluzioni normative orientate al modello prefigurato) e, solo in un secondo momento, l'apparato amministrativo nel suo complesso, in quanto determinante nell'erogazione dei servizi pubblici essenziali da cui dipende l'effettività del godimento di quei diritti, della tutela dei bisogni primari della persona e, quindi, di ogni progetto di eguaglianza sostanziale.

²⁴ V. amplius S. MANGIAMELI, *I diritti costituzionali: dallo Stato ai processi di integrazione*, Torino, 2020, p. 68, ove l'Autore evidenzia la stretta connessione tra tutela dei diritti costituzionali e fini pubblici.

(art. 3, co. 2, Cost.)²⁵. D'altronde, con la proclamazione dell'art. 2 Cost. il 'principio personalista' diviene il «punto fermo della regolazione del *nuovo* rapporto individuo-comunità statale» e la persona «diviene titolare di quei diritti fondamentali costituenti il patrimonio irriducibile della dignità umana che la *Repubblica* s'impegna a salvaguardare»²⁶.

Un esempio sul piano pragmatico può contribuire a chiarire l'idea. Nel 2010 il governo portoghese ha introdotto il programma di "tariffa energetica sociale" con l'obiettivo di alleggerire il costo delle bollette energetiche per le famiglie a basso reddito o in condizioni di vulnerabilità. Tuttavia, l'adesione all'iniziativa è rimasta bassa, vuoi per la scarsa conoscenza circa la sua adozione vuoi perché molti consumatori erano scoraggiati dall'onere amministrativo derivante dalla presentazione di una specifica richiesta di riduzione tariffaria.

Per far fronte al basso tasso di utilizzo, nel 2016 è stata sviluppata l'ASET (Automatic Social Energy Tariff), una piattaforma nazionale di interoperabilità che automatizza il processo di applicazione delle tariffe, controllando i dati di diversi enti governativi per identificare i consumatori che hanno diritto alla ASET. In tal modo, il governo verifica in modo proattivo l'ammissibilità al beneficio e attribuisce automaticamente una tariffa sociale per garantire a tutte le famiglie bisognose un sostegno finanziario per i propri servizi energetici.

Dall'esperienza portoghese possiamo trarre alcune prime osservazioni. Un primo dato riguarda la relazione persona-potere pubblico: l'onere procedimentale si è spostato dall'individuo all'amministrazione, la quale si è fatta carico dei bisogni delle famiglie a basso reddito di accedere alla riduzione, realizzando un servizio

²⁵ Parte della dottrina ravvisa nell'art. 3, co. 2, Cost. il fondamento dei diritti sociali. In tal senso, M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, Enc. dir., XII, 1964, secondo cui il diritto sociale è «in senso oggettivo, l'insieme delle norme attraverso cui lo Stato attua la sua funzione equilibratrice e moderatrice delle disparità sociali, allo scopo di assicurare l'eguaglianza delle situazioni, malgrado la differenza delle fortune; in senso soggettivo, il diritto generale di ciascun cittadino a partecipare ai benefici della vita associata, il quale si rinfrange in specifici diritti a determinate prestazioni, dirette o indirette, da parte dei pubblici poteri».

²⁶ S. MANGIAMELLI, *I diritti costituzionali: dallo Stato ai processi di integrazione*, cit., p. 177.

inclusivo, equo e proattivo²⁷. Una semplice automazione, una digitalizzazione 'light', fatta di interoperabilità e condivisione di dati tra diverse pubbliche amministrazioni ha consentito di restituire dignità ai soggetti più bisognosi²⁸, senza che questi fossero onerati di esternare il proprio bisogno attraverso l'attivazione e partecipazione ad un procedimento amministrativo²⁹.

Un secondo aspetto che può esser messo in risalto è che le informazioni inerenti ai bisogni delle persone sono presenti nei dati pubblici e la loro veicolazione, ai fini della rispettiva soddisfazione, non necessita di istanze, moti o impulsi di parte, né di complesse procedure amministrative dacché le nuove tecnologie rendono immediata la conoscibilità del patrimonio informativo pubblico.

In questa esperienza possiamo trovare conferma di quell'approccio che vede nella transizione digitale la sfida posta alla pubblica amministrazione per assicurare la centralità della persona e la garanzia dei diritti fondamentali rimuovendo gli ostacoli al «pieno sviluppo della persona umana».

5. Conclusioni.

Indubbiamente il patrimonio informativo pubblico è un asset, per alcuni una vera e propria «commodity»³⁰, e la moderna politica, europea e nazionale, vi riconosce valore di «materia prima» secondo la logica del bene-dato: un bene per sua natura immateriale, come tanti altri riconosciuti dall'ordinamento (il diritto patrimoniale d'autore, i segni distintivi dell'azienda, ecc.), il cui valore non è rappresentato dal

²⁷ Secondo le valutazioni fornite, l'automazione della tariffa energetica sociale ha visto un miglioramento del numero di beneficiari dal 4% a circa il 20% di tutte le famiglie in Portogallo.

²⁸ Nel Piano Triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione 2017-2019, predisposto dall'AgID, si legge che «il nuovo Modello di Interoperabilità rende possibile la collaborazione tra Pubbliche amministrazioni e tra queste e soggetti terzi, per mezzo di soluzioni tecnologiche che assicurano l'interazione e lo scambio di informazioni senza vincoli sulle implementazioni, evitando integrazioni ad hoc». Tuttavia, il sistema di interoperabilità previsto dai più recenti Piani Triennali per l'informatica nella Pubblica Amministrazione (27) è per la gran parte rimasto inattuato, così V. FALCO, *La Piattaforma Digitale Nazionale Dati e la conferenza di servizi*, in *Giornale di diritto amministrativo* 1/2023, 14

²⁹ Nel 2020 la piattaforma dell'ASET è stata insignita dell'UN Public Service Awards ([ONU awards](#)).

³⁰ DI DONATO F., *Lo stato trasparente. Linked open data e cittadinanza attiva*, Pisa, 2010, p. 42.

suo contenuto o dalla sua dimensione (unità digitale: byte) bensì dall'attitudine ad esser analizzato, scambiato e combinato per estrarne informazioni rilevanti. Detto altrimenti, il valore dei dati è prossimo allo zero senza programmi in grado di analizzarli per estrarre le informazioni che servono.

Sotto tale aspetto, il passaggio verso una dimensione di utilizzo individuale e personale dei dati, e del relativo riuso anche a fini commerciali, è stato inevitabile. Il campo di intervento in cui è stato maggiormente disegnato il ruolo della pubblica amministrazione è quello della disponibilità del dato. Ad essa si è riconosciuto un ruolo di grande *player* per la generazione, acquisizione e distribuzione di dati, introducendo una disciplina strutturata in materia di disponibilità del dato, inclusi gli aspetti legati al formato, l'interoperabilità, il cloud della PA³¹ e le regole di sfruttamento³².

Questo approccio ha soddisfatto una visione del principio di buon andamento centrata sull'organizzazione della pubblica amministrazione, complice il valore immanente della trasparenza e l'accessibilità alle informazioni pubbliche come *right to know*. Tuttavia, la sfida della valorizzazione del patrimonio informativo pubblico³³ si colloca su un orizzonte più ampio, ove la pubblica amministrazione può davvero giocare un ruolo di grande *player*, coerentemente alla complessità del

³¹ Nel quadro del piano Next Generation EU, l'UE metterà a punto un cloud europeo (basato su [Gaia-X](#)), un ecosistema digitale aperto, trasparente e sicuro, che crea un contesto di fiducia nel quale dati e servizi possano circolare liberamente ed essere raccolti e condivisi.

³² Il PNRR destina investimenti sostanziosi verso la digitalizzazione della PA, consapevole che l'attuale livello di implementazione delle soluzioni tecnologiche raggiunto dalla pubblica amministrazione sia insufficiente, in considerazione della rilevanza dell'obiettivo quale volano per il progresso economico e sociale, del paese e dell'Unione europea. Tra le varie misure contemplate dal piano vi sono gli investimenti per le infrastrutture digitali e per la digitalizzazione delle grandi amministrazioni centrali, la migrazione al cloud, l'interoperabilità e il potenziamento dello scambio dei dati tra le pubbliche amministrazioni, l'implementazione dei servizi digitali, nonché lo sviluppo della cittadinanza digitale.

³³ La valorizzazione del patrimonio informativo dell'amministrazione è stata innalzata a principio generale dell'azione amministrativa, principio che il Consiglio di Stato nel parere al d.lgs. n. 217 del 2017, ultimo correttivo del CAD, ha ricollegato a quello di buon andamento previsto dall'art. 97 Cost. (Cons. Stato, Comm. Spec., 10 ottobre 2017, n. 2122, p. 5.6), enfatizzando la scelta di "promuovere un processo di autentica valorizzazione del patrimonio informativo pubblico riconducendo tale obiettivo tra le finalità istituzionali di ogni amministrazione e disegnando un contesto normativo che, nel rispetto della disciplina in materia di privacy e tutela dei dati personali, garantisca un utilizzo più efficace dei dati pubblici attraverso moderne soluzioni di *data analysis*".

fenomeno. Non soltanto, quindi, accessibilità totale - e dall'esterno - per via della de-funzionalizzazione dell'accesso e delle moderne soluzioni di *data analysis*, e non solo per sostenere la *data economy*.

Molti concordano che le tecnologie digitali portino ad una considerevole espansione dei confini della cognizione umana, determinando la liberazione della persona dai propri limiti cognitivi³⁴. Se ciò è vero, anche la "cognizione" delle istituzioni ne risulta enormemente ampliata, per cui nel rapporto tra amministrazione e amministrati assistiamo alla creazione di una dimensione nuova, una dimensione in cui si genera nuova conoscenza accanto a soluzioni senz'altro innovative per una efficiente soddisfazione dei bisogni delle persone.

Una dimensione in cui il principio di buon andamento (art. 97 Cost.) risulta essere sempre più una pretesa nei confronti dello Stato, così come il parametro europeo del "Diritto ad una buona amministrazione" (art 41 CDUE) lo è nei confronti dell'Unione. Dunque, il costante irrompere delle tecnologie digitali tende a confinare il potere nella sua esatta dimensione, quella del servizio al cittadino³⁵, generando nuova linfa per il sistema di protezione dei diritti fondamentali che, grazie all'opera di interpretazione di dottrina e giurisprudenza, potrà assicurare quella garanzia paradigmatica della *pretesa* al buon andamento.

³⁴ Cfr. A. SIMONCINI, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in R. CAVALLO PERIN – D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020, 3.

³⁵ Tra gli altri, A. PUBUSA, *Diritti dei cittadini e pubblica amministrazione*, Torino, 1996, 66, «L'amministrazione pubblica è ... un soggetto particolare, giacché la sua organizzazione e la sua attività non sono autoreferenti, ma sono funzionali ad altri soggetti: ai cittadini... È, dunque, «nella fedeltà ai bisogni sociali» e nella partecipazione che si rinviene una delle basi di legittimazione dell'amministrazione, colmandosi in questo modo quel *deficit* di democraticità conseguente all'allentarsi nei confronti di essa degli influssi del *continuum* democratico, che trova il proprio fondamento nel corpo elettorale e si trasfonde nell'amministrazione per il tramite della legge e degli altri atti d'indirizzo politico promananti dal parlamento»; G. PASTORI, *L'amministrazione da potere a servizio*, in *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, a cura di M.R. SPASIANO, Napoli, 2012, 48, 56, in cui l'Autore sostiene la visione costituzionale paritaria dei rapporti amministrazione e cittadini.

La *smart city* come ecosistema digitale. Profili di *data governance*

di

Valentina Pagnanelli*

SOMMARIO: 1. Introduzione: alla ricerca di un quadro regolatorio per le *smart cities*. – 2. Coordinate per la regolazione delle *smart cities*. La strategia europea declinata nelle città intelligenti. – 3. Le proposte di *Artificial Intelligence Act* e *Data Act*. – 4. Conclusioni: prospettive e criticità per lo sviluppo degli ecosistemi digitali urbani.

1. *Introduzione: alla ricerca di un quadro regolatorio per le smart cities*

Dietro al label “*smart city*” si sommano decine di diverse definizioni della Città intelligente. Alcune di esse si basano sugli obiettivi che la città si pone di raggiungere, altre sui servizi implementati, oppure sull’uso più o meno massiccio delle nuove tecnologie nella fase di elaborazione di nuove politiche o ancora sulla partecipazione dei cittadini alla vita della comunità. Effettivamente non esiste un modello i cui parametri siano condivisi in modo sufficientemente consolidato da poter consentire, sulla base di quegli stessi parametri, di svolgere una verifica del grado di realizzazione di una *smart city*.

Nel 2021 la Commissione per lo sviluppo regionale (REGI) del Parlamento Europeo ha pubblicato i risultati di una ricerca sull’utilizzo dell’Intelligenza Artificiale nello sviluppo urbano¹. Lo studio esamina l’impatto dell’Intelligenza Artificiale sulla

* Avvocato, consulente della privacy, dottoranda di ricerca in Diritto pubblico – protezione dei dati personali presso l’Università degli Studi di Firenze.

coesione socio-economica e territoriale all'interno delle aree urbane e tra di esse². Dal report emerge chiaramente come l'enorme mole di dati prodotti nello svolgimento della vita cittadina³ possa essere sfruttata al meglio attraverso l'applicazione ai *big data* di una combinazione di mezzi e tecnologie (*Artificial Intelligence*, infrastrutture telco, *cloud*...). Le applicazioni concrete spaziano dalla sanità, alla sicurezza, alla mobilità, all'energia, fino ad incidere sul miglioramento dei profili di gestione della città, sul *policy-making*, sullo sviluppo di nuovi servizi, sulla creazione di nuove opportunità economiche⁴.

A questi ambiti "tradizionali" si sono aggiunte di recente numerose altre declinazioni delle c.d. soluzioni *smart*, diffuse rapidamente per rispondere a esigenze e bisogni contingenti. La pandemia di Covid-19, e poi il riaffacciarsi prepotente degli scenari bellici alle porte dell'Unione Europea, hanno imposto cambiamenti repentini⁵ e talvolta drastici di abitudini, prassi, equilibri consolidati per decenni, accelerando il percorso di ripensamento delle strategie globali e locali⁶, sino ad intaccare la dimensione urbana e le modalità di erogazione dei

¹L. COLNOT, L. DELPONTE J. PELLEGRIN, *Artificial Intelligence and Urban Development*, reperibile al link [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/690882/IPOL_STU\(2021\)690882_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/690882/IPOL_STU(2021)690882_EN.pdf).

²Cfr. V. PAGNANELLI, *Intelligenza artificiale e sviluppo urbano. Lo studio del Parlamento europeo*, in *Laboratorio sulla Transizione Digitale*, <https://www.civiltadellemacchine.it/>, 15 dicembre 2021.

³Sull'utilizzo di *big data* e sistemi di intelligenza artificiale nella predisposizione dei servizi e nella elaborazione di politiche nei contesti urbani si veda S. RANCHORDAS, A. KLOP, *Data-driven regulation and governance in smart cities*, in *University of Groningen Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series*, 7/2018, p. 1 ss.

⁴ «I dati sono la linfa vitale dello sviluppo economico: sono la base di molti nuovi prodotti e servizi e generano guadagni in termini di produttività ed efficienza delle risorse in tutti i settori economici, rendendo possibili prodotti e servizi più personalizzati, un miglioramento del processo di elaborazione delle politiche e un potenziamento dei servizi pubblici. [...] La disponibilità di dati è essenziale per l'allenamento dei sistemi di intelligenza artificiale [...]», cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni - "Una strategia europea per i dati"*, COM(2020) 66 final, 19 febbraio 2020.

⁵Cfr. P. COSTANZO, *Lo "Stato digitale"*, in P. COSTANZO, P. MAGARÒ, L. TRUCCO (a cura di), *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*, Napoli, 2022, p. 13.

⁶Si vedano, per tutti, i volumi *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*, a cura di A. PAJNO, L. VIOLANTE, Bologna, 2021; in particolare il contributo di A. PATANÈ, *Democrazia rappresentativa durante la pandemia: il ruolo dei consigli regionali*, vol. I, p. 269 ss.

servizi: la crisi energetica ad esempio ha richiesto una gestione “intelligente” dei consumi, in gran parte nelle mani delle amministrazioni locali⁷.

Per ciò che più interessa ai fini della presente trattazione, il report della Commissione REGI ha evidenziato come l’azione strategica dell’Unione Europea non abbia posto una attenzione specifica allo sviluppo dell’Intelligenza Artificiale nelle *smart cities*, rispetto alle quali non esistono riferimenti normativi e regolamentari *ad hoc*⁸.

L’assenza di un quadro normativo specifico può essere spiegata, a parere di chi scrive, in ragione della varietà di forme che la Città intelligente può assumere. L’aggettivo “*smart*” può essere attribuito ad un ventaglio amplissimo di applicazioni concrete, che spaziano dai sistemi di video-sorveglianza (anche biometrica), alle *smart grids* in grado di controllare i consumi e regolare l’utilizzo dell’energia elettrica, ai sensori che rilevano l’inquinamento atmosferico, ai sistemi integrati di *smart mobility*, sino alla prenotazione di prestazioni sanitarie⁹.

Questo contributo vorrebbe ricondurre le *smart cities* entro una griglia di regole applicabili a fattispecie anche differenti – come differenti sono i “modelli” di Città

⁷ La trasformazione digitale della pubblica amministrazione ha modificato «*la struttura del sistema di produzione e distribuzione dell’energia, dando la stura a sistemi locali di produzione e di regolamentazione, “agevolando la gestione collettiva ed economica di produzione e di consumo attraverso reti intelligenti”*», cfr. F.F. PAGANO, *Pubblica amministrazione e innovazione tecnologica*, in P. COSTANZO, P. MAGARÒ, L. TRUCCO (a cura di), *Il diritto costituzionale e le sfide dell’innovazione tecnologica*, Napoli, 2022, pp. 301-311.

⁸ Secondo E. SPILLER, «*la disciplina di settore spesso consiste in una sorta di patchwork in cui si tenta di assemblare gli istituti necessari alla realizzazione di diversi progetti*», cfr. *Citizens in the loop? Partecipazione e Smart city*, in F. PIZZOLATO, A. SCALONE, F. CORVAJA (a cura di), *La città e la partecipazione tra diritto e politica*, Torino, 2019, p. 289. La recente pubblicazione dello studio *Social approach to the transition to smart cities* (che può essere consultato al link [https://www.europarl.europa.eu/stoa/en/document/EPRS_STU\(2023\)737128](https://www.europarl.europa.eu/stoa/en/document/EPRS_STU(2023)737128)) da parte del Parlamento europeo – Panel for the Future of Science and Technology (STOA), conferma che il tema tende ad essere affrontato principalmente attraverso studi tematici, finalizzati alla elaborazione e condivisione di buone pratiche e alla proposta di *policy options* (si vedano a proposito i capitoli 3 e 4 dello studio, p. 30 ss.).

⁹ Nel tempo si sono susseguiti numerosi tentativi di definizione. Alcuni autori sostenevano, già alcuni anni fa, che il termine *smart city* sarebbe ben presto incorso in obsolescenza: «*Smart city is still an evolving field, with many projects still alive; however, it is expected that the term itself will soon lose its relevance and will be superseded by a new label with new agendas, interests and technologies*», cfr. K.S. WILLIS, A. AURIGI, *Digital and Smart cities*, London-New York, 2018, p. 16.

intelligente¹⁰ – ma accomunate dalla presenza di due caratteristiche essenziali, cioè la digitalizzazione e l’uso delle nuove tecnologie, in particolare l’Intelligenza Artificiale¹¹. La città “funziona” in quanto le persone che la popolano¹², gli enti pubblici, le società private, in diversa misura si fanno attori e fruitori di un ecosistema digitale¹³.

La componente datificata della Città, insieme ai sistemi di Intelligenza Artificiale utilizzati per estrarne conoscenza, saranno dunque i due riferimenti rispetto ai quali nei prossimi paragrafi si cercherà di individuare, senza pretesa di esaustività, le coordinate normative imprescindibili a partire dalle quali ogni *smart city* è chiamata a definire il proprio modello di *data governance*. Basandosi sul combinato disposto delle norme, principalmente di matrice europea, che disciplinano la raccolta, l’utilizzo, il riutilizzo, la condivisione e la conservazione dei dati, personali e non personali, infatti ogni Città¹⁴, più o meno “intelligente” è tenuta a organizzare i flussi di dati nel modo più adeguato al conseguimento dei propri fini,

¹⁰ Uno degli approcci definitivi descrive la *smart city* come «un sistema di sviluppo che si caratterizza per un insieme di strategie di pianificazione urbanistica tese all’ottimizzazione e all’innovazione dei servizi pubblici allo scopo di mettere in relazione le infrastrutture materiali delle città con il capitale umano, intellettuale e sociale di chi le abita in ragione del ricorso diffuso alle nuove tecnologie della comunicazione, della mobilità e dell’efficienza energetica», v. F.F. PAGANO, *Pubblica amministrazione e innovazione tecnologica*, in *Il diritto costituzionale e le sfide dell’innovazione tecnologica*, Napoli, 2022, pp. 311-312. A parere di chi scrive, sebbene la descrizione proposta sia condivisibile, una impostazione incentrata sulle finalità o sui settori di sviluppo della Città intelligente rischia di escludere a priori alcune declinazioni non appartenenti alla casistica dei primi “prototipi” di *smart city* ma invece oggetto di implementazione grazie al progredire dei progetti.

¹¹ Lo sviluppo di una *smart city* dipende infatti dalla disponibilità di ingenti quantità di dati, costantemente aggiornati e provenienti da diverse fonti, insieme alla capacità di elaborazione di tali dati attraverso tecniche di *data mining* oltre che dalla possibilità di utilizzo della stessa “materia prima” per addestrare sistemi di apprendimento automatico, anche ad un livello “profondo” (*deep-learning*), basato su interconnessioni che riproducono le reti neurali del cervello umano. J. BURREL, *How the machine ‘thinks’: Understanding opacity in machine learning algorithms*, in *Big Data & Society* 3 (2016), 1, pp. 1-12.

¹² Non solo cittadini ma anche turisti, pendolari, *city-users*.

¹³ La Commissione Europea nella Comunicazione “Costruire un’economia dei dati europea” afferma che i dati sono diventati una risorsa essenziale, e l’analisi dei dati offre potenzialità enormi in vari campi, tra cui lo sviluppo delle *smart cities*, cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni - “Costruire un’economia dei dati europea”*, COM(2017) 9 final, 10 gennaio 2017.

¹⁴ Tutti i richiami alla Città o alla *smart city* contenuti in questo elaborato devono intendersi come riferiti alla dimensione territoriale e alla definizione giuridica del Comune come risultanti dal Testo Unico degli Enti Locali, d.lgs. n. 267/2000.

garantendo al contempo il rispetto dei diritti e delle libertà di tutti gli attori che popolano l'ecosistema digitale urbano.

2. Coordinate per la regolazione delle smart cities. La strategia europea declinata nelle città intelligenti

Nel *Libro bianco sull'Intelligenza artificiale*¹⁵ pubblicato nel febbraio 2020, la Commissione Europea ha chiarito che la massima valorizzazione del patrimonio informativo¹⁶ e un deciso investimento sullo sviluppo dei sistemi di Intelligenza Artificiale sono gli ingredienti fondamentali per garantire all'Unione di giocare un ruolo da protagonista nel *Global market*.

Il primo dei due obiettivi rappresenta la condizione necessaria al raggiungimento del secondo¹⁷, poiché i risultati raggiunti nel campo dell'Intelligenza Artificiale negli ultimi decenni sono dovuti, in gran parte, alla disponibilità dei *big data*¹⁸, necessari per sviluppare, allenare, verificare il funzionamento di *software* di IA sempre più sofisticati.

¹⁵ COMMISSIONE EUROPEA, *Libro bianco sull'intelligenza artificiale – “Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia”*, COM(2020) 65 final, 19 febbraio 2020.

¹⁶ «Iniziano solo ora ad emergere sia l'enorme diversità delle fonti e dei tipi di dati, sia la ricchezza di possibilità di sfruttamento di quei dati in tutta una serie di settori, anche per l'elaborazione di politiche pubbliche. Per trarre vantaggio da tali opportunità, i soggetti attivi pubblici e privati del mercato dei dati devono poter accedere a insiemi di dati vasti e diversificati», cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, “Costruire un'economia dei dati europea”*, 10 gennaio 2017, COM(2017) 9 final, 4.

¹⁷ «Il valore dei dati risiede nel loro utilizzo e riutilizzo. I dati attualmente disponibili non sono sufficienti per un riutilizzo innovativo, ed esempio per lo sviluppo dell'intelligenza artificiale», cfr. *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni – “Una strategia europea per i dati”*, 19 febbraio 2020, COM(2020) 66 final, 7.

¹⁸ Sui *big data*, ex plurimis: AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI, *Big Data. Interim report nell'ambito dell'indagine conoscitiva di cui alla delibera n. 217/17/CONS*, giugno 2018; S. BAROCAS, A.D. SELBST, *Big data's disparate impact*, in *California Law Review*, 104 (2016), 3, pp. 671-732; G. DE GREGORIO, R. TORINO, *Privacy, protezione dei dati personali e Big Data*, in E. TOSI (a cura di), *Privacy Digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Milano, 2019, p. 447 ss.; F. DI PORTO (a cura di), *Big data e concorrenza*, in *Concorrenza e mercato*, n. spec. 23/2016, p. 5 ss.; M. DELMATRO, A. NICITA, *Big data. Come stanno cambiando il nostro mondo*, Bologna, 2019; S. FARO, N. LETTIERI, *Big Data: una lettura informatico-giuridica*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, vol. 1, Padova, 2016, p. 503 ss.; R. KITCHIN, G. MCARDLE, *What makes Big Data, Big Data?*, in *Big Data & Society*, 2016; A. MANTELERO, *AI and Big Data: A blueprint for a human rights, social and ethical impact assessment*, in *Computer Law & Security Review*, 34 (2018), 4, pp. 754-772; F. PASQUALE, *The black box society. The Secret Algorithms that control money and information*, Cambridge, 2015.

Il percorso per assicurare, entro lo spazio giuridico europeo, la circolazione dei dati personali e non personali¹⁹ e l'apertura e il riutilizzo dei dati del settore pubblico sempre più incisivi ed efficaci si era già avviato ben prima della capillare diffusione sulla scena mondiale dei sistemi di Intelligenza Artificiale²⁰. Questi testi normativi, che di seguito richiameremo, costituiscono il nocciolo duro incompressibile sulla base del quale le Città debbono costruire il loro modello di governo dei dati; si tratta di adempimenti di non poco conto, data la mole e la varietà di dati – non solo personali – che vengono raccolti e trattati nei Comuni²¹, con i conseguenti gravi rischi che potrebbero derivare da una loro perdita, modifica, o da un loro uso malevolo o criminoso.

Le norme fondamentali in materia di trattamento dei dati personali sono contenute nel Regolamento 2016/679²², il cui scopo è di agevolare la libera circolazione dei dati personali, garantendo al contempo la tutela dei diritti e delle libertà delle persone. Il GDPR predispone un apparato di principi e regole applicabili a persone

¹⁹ Sulla libera circolazione dei dati: M.L. MONTAGNANI, *La libera circolazione dei dati al bivio. Tra tutela dei dati personali e promozione dell'intelligenza artificiale europea*, in *Mercato concorrenza regole*, 2/2019, p. 293 ss.; R. PANETTA (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, Milano 2006; R. PANETTA (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato. Commentario al Regolamento UE n. 2016/679 (GDPR) e al novellato d.lgs. n. 196/2003 (Codice Privacy)*, Milano, 2019; S. RODOTÀ, *Protezione dei dati e circolazione delle informazioni*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1984.

²⁰ Cfr. V. PAGNANELLI, *Il settore pubblico alla sfida dell'Intelligenza artificiale*, in C. CAMARDI (a cura di) *La via europea per l'intelligenza artificiale. Atti del Convegno del Progetto Dottorale di Alta Formazione in Scienze Giuridiche – Ca' Foscari Venezia, 25-26 novembre 2021*, Milano, 2022, p. 159 ss.

²¹ L'art. 3 del Testo Unico degli Enti Locali, d.lgs. n. 267/2000, affida ai Comuni, il compito di curare gli interessi e promuovere lo sviluppo della comunità, e i successivi artt. 13 e 14 elencano le funzioni proprie («Spettano al comune tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione ed il territorio comunale, precipuamente nei settori organici dei servizi alla persona e alla comunità, dell'assetto ed utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico») e delegate dallo Stato («Il comune gestisce i servizi elettorali, di stato civile, di anagrafe, di leva militare e di statistica»), v. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, p. 333. Sulla scelta da parte del legislatore costituzionale di una «tendenziale competenza amministrativa generale dei Comuni» cfr. P. CARETTI, U. DE SIERVO (a cura di), *Diritto costituzionale e pubblico*, Torino, 2020, p. 411.

²² Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento 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). Per una introduzione: G. FINOCCHIARO, *Il quadro d'insieme sul regolamento europeo sulla protezione dei dati personali*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE n. 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, Torino, 2019, p. 1 ss.; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contr. impr.*, 2018, p. 106 ss.

fisiche o giuridiche, soggetti pubblici o privati, senza significative differenze nella quantità di requisiti di adeguamento richiesti, salvo che per casi particolari²³.

Il principio dell'*accountability*, introdotto agli artt. 5 e 24²⁴, responsabilizza il Titolare del trattamento, che, effettuata una analisi del rischio, dovrà predisporre tutte le misure tecniche ed organizzative adeguate a garantire ed essere in grado di dimostrare il rispetto dei principi in materia di protezione dati. I principi della *privacy by design* e per impostazione predefinita²⁵ anticipano l'intervento del *Data*

²³Quali la nomina del Responsabile per la Protezione dei Dati, obbligatoria solo per i soggetti pubblici, oppure nel caso in cui le attività principali svolte dal titolare o dal responsabile comportino il monitoraggio regolare e sistematico degli interessati su larga scala, o le attività principali consistano in trattamenti su larga scala di categorie particolari di dati o dati relativi a condanne penali e reati, v. art. 37, par. 1; si vedano, *ex plurimis*, A. AVITABILE, *Il responsabile della protezione dei dati*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE n. 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018 n. 101*, Torino, 2019, p. 355 ss.; L. FEROLA, *La "nuova" figura del Responsabile della Protezione dei Dati personali e le sue caratteristiche*, in R. PANETTA (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato. Commentario al Regolamento UE n. 2016/679 (GDPR) e al novellato d.lgs. n. 196/2003 (Codice Privacy)*, Milano, 2019., p. 347 ss.; oppure la tenuta di un Registro dei trattamenti, obbligatoria per titolari del trattamento con più di duecentocinquanta dipendenti, «a meno che il trattamento che esse effettuano non possa presentare un rischio per i diritti e le libertà dell'interessato, il trattamento non sia occasionale o includa il trattamento di categorie particolari di dati [...] o i dati personali relativi a condanne penali e a reati [...]», v. L. BOLOGNINI, E. PELINO (a cura di), *Codice della disciplina privacy*, Milano, 2019, p. 226 ss.

²⁴Sul principio di *accountability* v. G. MALGIERI, *Art. 5*, in R. D'ORAZIO, G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, G. RESTA (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, Milano, 2021, pp. 189-190; F. PIZZETTI, L. GRECO, *Art. 24*, *ivi*, p. 405 ss.; G. FINOCCHIARO, *Il quadro d'insieme sul regolamento europeo sulla protezione dei dati personali*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE n. 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, Torino, 2019, p. 1 ss.; C. COLAPIETRO, A. IANNUZZI, *I principi generali del trattamento dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona*, Napoli, 2017, p. 128 ss.

²⁵GDPR, «Art. 25 *Protezione dei dati fin dalla progettazione e protezione per impostazione predefinita* – 1. Tenendo conto dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, nonché della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, come anche dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche costituiti dal trattamento, sia al momento di determinare i mezzi del trattamento sia all'atto del trattamento stesso il titolare del trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate, quali la pseudonimizzazione, volte ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati, quali la minimizzazione, e a integrare nel trattamento le necessarie garanzie al fine di soddisfare i requisiti del presente regolamento e tutelare i diritti degli interessati.

2. Il titolare del trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire che siano trattati, per impostazione predefinita, solo i dati personali necessari per ogni specifica finalità del trattamento. Tale obbligo vale per la quantità dei dati personali raccolti, la portata del trattamento, il periodo di conservazione e l'accessibilità. In particolare, dette misure garantiscono che, per impostazione predefinita, non siano resi accessibili dati personali a un numero indefinito di persone fisiche senza l'intervento della persona fisica [...]». Per un commento si veda D. FARACE, *Privacy by design e*

controller ad una fase anteriore al trattamento dei dati personali, cioè al momento della progettazione di un nuovo servizio. Questi brevi cenni sui principi e gli obblighi di *compliance* imposti dal GDPR, confermano quanto la normativa sulla *data protection* possa incidere nella realizzazione – progressiva – di servizi basati sull'utilizzo dei dati all'interno di un Comune.

Infatti il Regolamento UE 2016/679 assegna al Comune in qualità di Titolare del trattamento²⁶, e, a norma dell'art. 107 del TUEL, ai dirigenti dell'ente, la responsabilità di regolare i flussi di dati personali garantendone la riservatezza e la sicurezza, e assegna a questi soggetti il compito di individuare all'uopo misure adeguate a ridurre i rischi (misure che non sono indicate *a priori* dal legislatore²⁷).

Nell'ecosistema digitale urbano una rigorosa suddivisione delle responsabilità relative al trattamento dei dati personali è di cruciale importanza. Infatti, sebbene il *Data controller* sia il primo responsabile per la tutela dei diritti e delle libertà degli individui i cui dati sono oggetto di trattamento, in misura differente saranno responsabili anche il *Data processor*, i contitolari e le persone autorizzate al trattamento dei dati personali²⁸. Il reticolo delle relazioni tra i soggetti appena menzionati richiede di essere cristallizzato in atti giuridici dai quali emerga con chiarezza il criterio di imputazione di ogni attività di trattamento ad un soggetto giuridico identificato. Ciò significa che all'interno di un Comune tutte le mansioni attribuite a ciascun dipendente dovranno essere periodicamente riesaminate per

privacy by default, in E. TOSI (a cura di), *Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Milano, 2019, p. 485 ss.

²⁶ Cfr. GDPR, art. 4 par. 1 n. 7: Il Titolare del trattamento è la persona fisica o giuridica, autorità pubblica, servizio o altro organismo che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento dei dati personali.

²⁷ Come avveniva invece in vigenza del Codice privacy, prima che fosse modificato dal d. lgs. n. 101/2018, quando le misure *minime* di sicurezza erano indicate nell'*Allegato B*

²⁸ Sui c.d. Ruoli privacy si vedano: A. D'OTTAVIO, *Ruoli e funzioni privacy principali ai sensi del Regolamento*, in R. PANETTA (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato*, Milano, 2019, p. 143 ss.; L. GRECO, *L'organigramma privacy: i soggetti del trattamento*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE n. 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, Torino, 2019, p. 321 ss.; N. BRUTTI, *Le figure soggettive delineate dal GDPR: la novità del Data protection officer*, in E. TOSI (a cura di), *Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Milano, 2019, p. 115 ss.; F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, 2016, p. 196 ss.

verificare quali siano i trattamenti effettuati da ciascun soggetto e procedere di conseguenza all'atto formale di nomina, contenente istruzioni dettagliate per il corretto trattamento dei dati personali.

Di più. Tali adempimenti valgono per l'organizzazione interna del Titolare ma anche nei rapporti del Titolare con soggetti esterni.

Gli esempi di trattamenti che, nella *smart city*, vedono coinvolti attori interni ed esterni all'organizzazione dell'ente, e soggetti pubblici e privati, sono molteplici. Si pensi a tutte le attività per le quali il Comune necessita dei servizi di aziende IT per fornire le proprie prestazioni; oppure a molti altri servizi, dalla mobilità agli asili nido, che sono forniti da società partecipate o cooperative, con flussi di dati anche particolarmente sensibili (quali quelli di minori, o persone con disabilità), che impongono al Titolare di cristallizzare il riparto delle responsabilità e di effettuare controlli ed audit sulle misure di sicurezza applicate. Nell'ecosistema digitale a ciascun soggetto coinvolto nella realizzazione dei servizi (aziende private, professionisti, società partecipate, società *in-house*, Comuni limitrofi ...) sarà attribuito un *ruolo privacy*, con i conseguenti obblighi di *compliance*.

Non potendo in questa sede addentrarci in dettagli tecnici, sia consentito solo brevemente evidenziare come all'interno dell'ecosistema digitale urbano uno stesso attore, quale ad esempio una società fornitrice di servizi IT, rivestirà con ogni probabilità il doppio ruolo di titolare del trattamento e di responsabile del trattamento nei confronti del Comune, per i servizi ad esso erogati (e dunque per il trattamento dei dati svolto "per conto" del Comune medesimo²⁹).

La circolazione dei non-personal data è garantita dal Regolamento 2018/1807³⁰, c.d. FFD (*Free Flow Data Regulation*). Per assicurare il libero scambio transfrontaliero di dati, l'articolo 4 vieta agli Stati membri di imporre al proprio interno obblighi di localizzazione, fatte salve le necessità di sicurezza pubblica. L'indicazione di

²⁹ GDPR, art. 4, n. 8, Responsabile del trattamento è la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che tratta dati personali per conto del titolare del trattamento.

³⁰ Regolamento UE 2018/1807 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea. Si veda S. TORREGIANI, *Il dato non personale alla luce del Regolamento (UE) 2018/1807: tra anonimizzazione, ownership e Data by Design*, in *Federalismi.it*, 10 giugno 2020.

maggior rilievo in merito alla *data governance* dell'ecosistema digitale urbano è contenuta nell'art. 2 par. 2, ove vengono delineate le regole di gestione degli insiemi di dati misti. La norma stabilisce che ove all'interno di uno stesso insieme non sia possibile scindere i dati personali da quelli non personali, in quanto indissolubilmente legati, all'intero *dataset* verrà applicata la disciplina più tutelante per le persone fisiche, quella contenuta nel GDPR.

Gli insiemi di dati misti peraltro rappresentano la stragrande maggioranza dei *set* di dati³¹, e con ogni probabilità rappresentano anche la maggioranza dei flussi di dati che alimentano le *smart cities*. Ad esempio, in un sistema integrato di mobilità, dati aggregati relativi al trasporto pubblico urbano (i dati sull'accesso dei viaggiatori alla rete tramviaria) potrebbero essere analizzati congiuntamente a dati relativi all'utilizzo del *bike-sharing*. In questa seconda ipotesi il processo di identificazione dell'interessato-fruttoro del servizio risulterebbe molto meno complesso rispetto al primo³².

L'esempio della mobilità urbana torna utile anche per evidenziare l'importanza delle politiche di apertura del patrimonio informativo del settore pubblico. Invero la disponibilità di dati relativi agli spostamenti che avvengono nell'area cittadina, corredati da informazioni su orari, tipologia di viaggiatori e destinazioni, potrebbe consentire a imprese private di sviluppare e proporre nuovi servizi e nuove soluzioni per una mobilità intelligente. Negli anni si è consolidata la filosofia degli *Open data*³³, che ha consentito al settore privato di accedere a molti dati che non presentano caratteristiche critiche che ne ostacolano la condivisione³⁴.

³¹ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio – "Guidance on the Regulation on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union"*, COM(2019) 250 final, p. 8 ss.

³² Sul tema della reidentificazione v. Gruppo di lavoro Articolo 29 per la protezione dei dati, *Parere 5/2014 sulle tecniche di anonimizzazione*, 10 aprile 2014.

³³ V. R. MARZO, *Dati e Open Data: polifunzionalità e rilevanza costituzionale?*, in P. COSTANZO, P. MAGARÒ, L. TRUCCO (a cura di), *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*, Napoli, 2022., p. 447 ss.; C. ROMANO, *Open data e riutilizzo nel decreto trasparenza: propulsore per la democrazia e lo sviluppo o sfida ulteriore per i diritti fondamentali?*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, Napoli, 2017, p. 263 ss.; V. PAGNANELLI, *Accesso, accessibilità, Open Data. Il modello italiano di Open Data pubblico nel contesto europeo*, in *Giornale di storia costituzionale*, 31/2016, p. 205 ss.

³⁴ Dati personali, dati protetti da diritto d'autore, dati secretati...

La Direttiva 2019/1024 relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico³⁵ è stata emanata proprio al fine di «sfruttare appieno il potenziale dell'informazione del settore pubblico a vantaggio dell'economia e della società europee»³⁶. Il patrimonio informativo pubblico viene considerato «una fonte straordinaria di dati in grado di contribuire a migliorare il mercato interno e lo sviluppo di nuove applicazioni» mentre l'utilizzo dei dati attraverso sistemi di Intelligenza Artificiale «può trasformare tutti i settori dell'economia»³⁷.

Nelle *smart cities* l'accesso ai *big data* pubblici e la possibilità di riutilizzo di molte informazioni rappresenta un fattore abilitante per le imprese ed i singoli. Infatti il cittadino e l'imprenditore possono, grazie alla conoscenza, agire direttamente nella gestione della *res publica*³⁸, in ossequio all'art. 118 IV comma della Costituzione italiana³⁹ e al principio di sussidiarietà orizzontale in esso promosso.

Con il fine di allargare il bacino dei dati pubblici accessibili e utilizzabili, il *Data Governance Act*⁴⁰ integra oggi la Direttiva 2019/1024, stabilendo regole per il riutilizzo, a determinate condizioni, dei dati detenuti da enti pubblici che siano soggetti a diritti di terzi⁴¹.

Il *Data Governance Act* mira a promuovere la disponibilità ed il migliore utilizzo dei dati⁴² in favore di nuovi soggetti economici e attori pubblici. L'obiettivo è quello di

³⁵ Direttiva UE 2019/1024 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico.

³⁶ Direttiva 2019/1024, Considerando 4.

³⁷ Direttiva 2019/1024, Considerando 9. La varietà di informazioni che il settore pubblico raccoglie, produce, riproduce e diffonde è richiamata nel Considerando 8. Si tratta di «informazioni di tipo sociale, politico, economico, giuridico, geografico, ambientale, meteorologico, sismico, turistico, informazioni in materia di affari, di brevetti e di istruzione».

³⁸ G. URBANO, *Le "Città intelligenti" alla luce del principio di sussidiarietà*, in *Istituzioni del federalismo*, 2019, p. 474.

³⁹ C. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, pp. 156-157; B. DI GIACOMO RUSSO, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'ordinamento italiano: analisi e prospettive*, Lecce, 2022.

⁴⁰ Regolamento UE 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022 relativo alla governance europea dei dati e che modifica il regolamento UE 2018/1724 (*Data Governance Act*).

⁴¹ Si tratta dei dati protetti per motivi di riservatezza commerciale, riservatezza statistica, protezione della proprietà intellettuale, protezione dei dati personali. Cfr. *Data Governance Act*, art. 3, par. 1.

⁴² A. IANNUZZI, *La governance europea dei dati nella contesa per la sovranità digitale: un ponte verso la regolazione dell'intelligenza artificiale*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 209, 1° semestre 2021, p. 40.

contrastare le *Big Tech* in ottica pro-concorrenziale, e al contempo consentire la definizione degli indirizzi politici sulla base – anche – di quelle informazioni⁴³. Questo scopo può essere ottenuto attraverso diversi meccanismi, tra i quali la condivisione tra imprese dietro compenso, i servizi di intermediazione, la donazione dei dati da parte degli interessati su base volontaria con finalità altruistica⁴⁴.

Merita soffermarsi sull'ultima ipotesi di *data sharing* citata, il c.d. altruismo dei dati. È bene ricordare infatti che in quelli che abbiamo definito ecosistemi digitali urbani, attori pubblici e privati interagiscono valorizzando le informazioni prodotte e condivise sul territorio⁴⁵, anche con il contributo, più o meno consapevole, dei cittadini⁴⁶.

Il Considerando 45 del DGA recita: «L'utilizzo per obiettivi di interesse generale di dati messi a disposizione su base volontaria dagli interessati [...] presenta grandi potenzialità. Tali obiettivi di interesse generale comprendono l'assistenza sanitaria, la lotta ai cambiamenti climatici, il miglioramento della mobilità, l'agevolazione dell'elaborazione, della produzione e della divulgazione di statistiche europee, il miglioramento della fornitura dei servizi pubblici, o delle politiche pubbliche. [...]».

I cittadini potrebbero quindi decidere, consapevolmente, di partecipare attivamente alla costruzione dell'ecosistema digitale urbano mettendo a

⁴³ S. SCAGLIARINI, *Identità digitale e tutela della privacy*, in P. COSTANZO, P. MAGARÒ, L. TRUCCO (a cura di), *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*, Napoli, 2022, p. 365.

⁴⁴ *Ivi*, p. 366.

⁴⁵ Ad esempio il c.d. *Gemello Digitale* della città consente di monitorare e governare una città e i suoi servizi correlando informazioni raccolte sul territorio in tempo reale.

⁴⁶ Sulla scarsa consapevolezza degli individui rispetto al trattamento dei propri dati personali, *ex plurimis*, A. FONZI, *Il principio di autodeterminazione dell'utente al cospetto delle nuove tecnologie*, in *dirittifondamentali.it*, 3/2021, 20 dicembre 2021, p. 570 ss.; C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fascicolo speciale, maggio 2019, p. 107; V. PAGNANELLI, *Una "valutazione d'impatto" della privacy sulle Big Tech. Riflessioni a margine della sentenza n. 2631/2021 della sesta sezione del Consiglio di Stato*, in E. CREMONA, F. LAVIOLA, V. PAGNANELLI (a cura di), *Il valore economico dei dati personali tra diritto pubblico e diritto privato*, Torino, 2022, p. 19 ss.. Si veda anche l'Interim report sui Big Data di Agcom ove si legge che le sorgenti di dati digitali strettamente legate agli individui (connessione in rete, utilizzo della posta elettronica, uso dei servizi di telecomunicazioni mobili, sensori e sistemi di sensori) producono un costante flusso di dati di cui una parte sempre più rilevante viene raccolta senza il consenso esplicito degli utenti, in maniera passiva (i c.d. passive data), cfr. Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, *Big Data. Interim report nell'ambito dell'indagine conoscitiva di cui alla delibera n. 217/17/CONS*, p. 37.

disposizione i propri dati senza chiedere alcun corrispettivo⁴⁷ per fini di interesse generale, tra cui l'assistenza sanitaria, il miglioramento della mobilità e dei servizi pubblici.

L'art. 15 lascia agli Stati membri l'iniziativa e l'individuazione delle politiche nazionali per l'altruismo dei dati, scelta questa che sembra depotenziare l'impatto che il nuovo istituto potrebbe avere nel sistema di condivisione e governo dei dati a livello europeo.

Chiudono la rassegna dei principali atti normativi che più incidono nella configurazione del sistema di governo dei dati delle Città intelligenti due Regolamenti europei che si trovano ancora nello stadio di proposta. Si tratta del Regolamento sull'Intelligenza Artificiale e del *Data Act*, su cui ci soffermeremo nel prossimo paragrafo.

3. Le proposte di Artificial Intelligence Act e Data Act

Il Regolamento sull'utilizzo dell'Intelligenza Artificiale⁴⁸ contribuirà senza dubbio a delineare le regole del funzionamento delle *smart cities*, in ragione dei numerosi obblighi e divieti cui i soggetti pubblici, spesso più dei privati, dovranno sottostare⁴⁹.

⁴⁷ A. MORETTI, *Il Valore dei dati nell'European Data Strategy: sviluppo della persona, dinamiche di mercato e benessere sociale*, in E. CREMONA, F. LAVIOLA, V. PAGNANELLI (a cura di), *Il valore economico dei dati personali tra diritto pubblico e diritto privato*, Torino, 2022, p. 106.

⁴⁸ *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, 21 aprile 2021; si vedano, *ex plurimis*, C. CAMARDI (a cura di), *La via europea per l'Intelligenza artificiale. Atti del Convegno del Progetto Dottorale di Alta Formazione in Scienze Giuridiche – Ca' Foscari Venezia, 25-26 novembre 2021*, Milano, 2022; G. CERRINA FERONI, C. FONTANA, E.C. RAFFIOTTA (a cura di), *AI Anthology. Profili giuridici, economici e sociali dell'intelligenza artificiale*, Bologna 2022; C. CASONATO, B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla Proposta di Regolamento dell'Unione Europea in materia di Intelligenza Artificiale*, in *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3/2021, p. 415 ss.; A. MANTELETO, *Sulle regole AI l'Europa sceglie approccio "industriale": luci e ombre*, in *AgendaDigitale*, 27 aprile 2021; A. SIMONCINI, *Verso la regolamentazione della Intelligenza Artificiale. Dimensioni e governo*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2021.

⁴⁹ Non è possibile in questa sede approfondire il tema della applicazione delle regole di utilizzo dei sistemi di Intelligenza artificiale che incideranno in particolare nel settore pubblico. Questi aspetti sono stati trattati dall'A. nel contributo *Il settore pubblico alla sfida dell'Intelligenza artificiale*, in C. CAMARDI (a cura di) *La via europea per l'intelligenza artificiale. Atti del Convegno del*

L'Artificial Intelligence Act rileverà però anche, più specificamente, nel reticolo delle norme che serviranno a delineare il modello di *data governance* dei contesti urbani. L'articolato contiene infatti alcune disposizioni finalizzate a regolare il trattamento dei dati utilizzati per alimentare i sistemi di IA.

L'art. 10 ad esempio pone regole di *data governance* per garantire la qualità dei dati. La norma richiede che i sistemi di IA vengano utilizzati con set di dati di addestramento, convalida e prova che siano pertinenti, rappresentativi, esenti da errori e completi⁵⁰. Quello che potrebbe essere definito in sintesi come "principio di esattezza" è però in realtà solo apparentemente sovrapponibile a quello omonimo, enunciato nel GDPR.

Il principio di esattezza enunciato nell'AIA e quello presente nel GDPR sembrerebbero infatti non sovrapponibili. Nel Regolamento 2016/679 invero il principio di esattezza è⁵¹ strettamente collegato alla tutela dei diritti dell'interessato - persona fisica (è proprio all'interessato che viene riconosciuto il diritto di chiedere la rettifica, l'aggiornamento, o, a determinate condizioni, la cancellazione dei dati personali che lo riguardano)⁵². È da notare come invece nell'art. 10 dell'AIA si faccia riferimento alla esattezza *tecnica* del dato. Il legislatore ha adottato in questo caso un linguaggio che attinge al lessico industriale, per riferirsi ad operazioni da compiere materialmente sui dati (*annotazione, etichettatura, pulizia, arricchimento,*

Progetto Dottorale di Alta Formazione in Scienze Giuridiche – Ca' Foscari Venezia, 25-26 novembre 2021, Milano, 2022, p. 157 ss, al quale si rimanda.

⁵⁰ Il paragrafo 3 richiede inoltre che i *dataset* di addestramento, convalida e prova posseggano «*proprietà statistiche appropriate*» anche per quanto riguarda le persone o i gruppi di persone sui quali il sistema di Intelligenza Artificiale ad alto rischio è destinato ad essere usato.

⁵¹ Il riferimento è al principio enunciato nell'articolo 5 del GDPR, *Principi applicabili al trattamento di dati personali*:

«1. I dati personali sono: [...] d) esatti e, se necessario, aggiornati; devono essere adottate tutte le misure ragionevoli per cancellare o rettificare tempestivamente i dati inesatti rispetto alle finalità per le quali sono trattati («esattezza»);», ved. *ex plurimis* G. MALGIERI, *Articolo 5*, in R. D'ORAZIO, G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, G. RESTA (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, Milano, 2021, p. 176 ss.; L. BOLOGNINI, E. PELINO (a cura di), *Codice della disciplina privacy*, Milano, 2019, p. 85 ss. Sul rispetto del principio di esattezza e sui diritti dell'interessato nel contesto della profilazione si vedano anche le *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del Regolamento 2016/679*, WP 251 rev.01, 2018, (Gruppo di lavoro Art. 29).

⁵² Cfr. gli articoli 5, par. 1, lett. d) (principio di esattezza), 13, par. 2, lett. b) (informazione all'interessato sul diritto di rettifica), 16 (diritto di rettifica), (diritto di cancellazione) del Reg. 2016/679.

aggregazione)⁵³ piuttosto che all'esattezza giuridica degli stessi, intesa come perfetta corrispondenza tra l'elemento informativo espresso nel dato e l'identità della persona a cui il dato si riferisce⁵⁴.

L'individuazione delle catene di responsabilità nel trattamento dei dati e nell'utilizzo dei sistemi di IA potrebbe introdurre negli ecosistemi digitali urbani un ulteriore elemento di complessità. L'applicazione congiunta delle norme sui dati e sui sistemi di IA dovrebbe comportare infatti l'attribuzione dei ruoli privacy (quindi delle responsabilità per il trattamento dei dati personali) e al contempo un riparto delle responsabilità tra le figure individuate nell'AIA e coinvolte nell'utilizzo dei sistemi di Intelligenza Artificiale: produttori, fornitori, distributori, utenti.

Affinché la responsabilità per il trattamento dei flussi di dati attraverso sistemi di IA sia correttamente suddivisa tra gli attori dell'ecosistema digitale (cioè della *smart city*) la filiera dei ruoli privacy (titolari, responsabili, incaricati, oltre che DPO) dovrà dunque essere coordinata con quella i cui ruoli sono definiti nell'AIA. L'utilizzo di algoritmi di *machine-learning* e *deep-learning* potrebbe rendere ancora più difficoltosa l'individuazione dei centri di imputazione di singole attività di trattamento dati che vengono svolte. In questi casi, infatti, sono gli stessi sistemi di IA a manifestare la loro opacità rispetto ai singoli passaggi logici svolti e alle modalità del loro funzionamento⁵⁵.

⁵³ G. D'ACQUISTO, *Qualità dei dati e intelligenza artificiale: intelligenza dai dati e intelligenza dei dati*, in F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, p. 265 ss.

⁵⁴ L'esattezza dei dati richiesta dalla normativa *privacy* è uno dei presidi posti a tutela dell'autodeterminazione informativa, su cui ved. *ex plurimis*, V. ZENO-ZENCOVICH, *Il consenso informato e l'autodeterminazione informativa*, in *Corr. Giur.*, 1997, p. 915 ss.; S. RODOTA', *Il mondo nella rete. Quali diritti, quali vincoli*, Roma – Bari, 2014; Id., *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1997, pp. 588-589; S. NIGER, *Le nuove dimensioni della privacy: dalla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Padova, 2006; G. VETTORI, *Privacy: un primo bilancio*, in *Riv. Dir. Priv.*, 1998, n. 4, p. 673 ss.

⁵⁵ Cfr. COUNCIL OF EUROPE, COMMITTEE OF EXPERTS ON INTERNET INTERMEDIARIES (MSI-NET), Council of Europe study DGI(2017)12, *Algorithms and Human Rights. Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications*, p. 38. Ved. anche A. MANTELERO, *La gestione del rischio nel GDPR: limiti e sfide nel contesto dei Big Data e delle applicazioni di Artificial Intelligence*, in A. MANTELERO, D. POLETTI (a cura di), *Regolare*

La proposta di *Data Act*⁵⁶, ove dovesse essere approvata definitivamente nella forma attuale, avrebbe un significativo impatto sulla quantità di dati a disposizione del settore pubblico. La Legge sui dati potrebbe infatti dare la possibilità ai soggetti pubblici, anche se solo in casi limitati ed eccezionali, di accedere a dati detenuti dal settore privato, garantendo a questi ultimi solamente il compenso per i costi tecnici e organizzativi sostenuti per soddisfare la richiesta dell'attore pubblico⁵⁷.

Questa innovazione avrebbe certamente un effetto nello sviluppo delle *smart cities*. Occorre infatti evidenziare che nella prospettiva di crescita dei servizi di una *smart city* è di assoluta rilevanza la circostanza che vi siano sufficienti dati a disposizione della Amministrazione locale. Invero le normative volte alla apertura dei dati sono state sinora principalmente volte ad agevolare una condivisione G2B (*Government to Business*), mentre l'aspetto dei flussi digitali B2G (*Business to Government*) è rimasto in secondo piano, anche per ragioni di tutela del valore economico del patrimonio informativo detenuto dalle aziende private, compresa la protezione di segreti industriali e proprietà intellettuale⁵⁸. La proposta di *Data Act* mira a riequilibrare la ripartizione del valore dei dati⁵⁹.

Nella Comunicazione *Una strategia europea per i dati*⁶⁰ la Commissione Europea aveva posto l'attenzione sulla necessità di elaborare un quadro normativo per disciplinare il riutilizzo da parte del settore pubblico di dati detenuti dai privati, evidenziando come i dati a disposizione del settore pubblico fossero insufficienti sia per migliorare l'elaborazione di nuove politiche e di servizi pubblici che per potenziare la tempestività e la rilevanza delle statistiche ufficiali⁶¹.

la tecnologia: il Regolamento UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo tra Italia e Spagna, Pisa, 2018, p. 295.

⁵⁶ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo (*Data Act*), COM(2022) 68 final, 23 febbraio 2022.

⁵⁷ Cfr. Proposta di *Data Act*, art. 20, par. 2.

⁵⁸ «I dati ottenuti da tali entità [imprese titolari di dati, N.d.A.] possono essere commercialmente sensibili», Proposta di *Data Act*, Considerando 62.

⁵⁹ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relative a norme armonizzate sull'accesso e l'uso equo dei dati, Nota esplicativa.

⁶⁰ Per un commento v. A. MORETTI, *Il Valore dei dati nell'European Data Strategy: sviluppo della persona, dinamiche di mercato e benessere sociale*, in E. CREMONA, F. LAVIOLA, V. PAGNANELLI (a cura di), *Il valore economico dei dati personali tra diritto pubblico e diritto privato*, Torino, 2022, p. 93 ss.

⁶¹ COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al*

Il *Data Act* sembrerebbe ora poter incidere su questo aspetto con l'introduzione di un obbligo di "messa a disposizione" dei dati detenuti da soggetti privati in favore di soggetti pubblici, nei soli casi in cui sia dimostrata una necessità eccezionale di utilizzare tali dati⁶². Circostanza questa che potrebbe verificarsi solo in casi eccezionali⁶³, per motivazioni specifiche, descritte nell'art. 15 e riassumibili nella necessità di rispondere ad una emergenza attraverso l'utilizzo per un periodo di tempo limitato di dati appartenenti a titolari privati, al fine di poter svolgere compiti di interesse pubblico previsti dalla legge, nel caso in cui il soggetto pubblico non abbia reperito i dati sul mercato o tramite altri obblighi di legge, e la procedura di "espropriazione temporanea" riduca sostanzialmente l'onere amministrativo per i titolari dei dati o altre imprese.

Le procedure di messa a disposizione e di utilizzo dei dati sono definite nel dettaglio⁶⁴, anche per quanto attiene all'eventuale risarcimento riconosciuto al titolare per i soli costi tecnici e organizzativi legati al soddisfacimento della richiesta⁶⁵.

4. Conclusioni: prospettive e criticità per lo sviluppo degli ecosistemi digitali urbani

Occorrerà attendere l'approvazione definitiva dei due Regolamenti appena richiamati, oltre che le prime applicazioni concrete delle regole ivi descritte per poterne valutare l'efficacia e la funzionalità per gli scopi rispetto ai quali sono state

Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni - "Una strategia europea per i dati", pp. 8-9.

⁶² Cfr. Proposta di Data Act: «Articolo 14 – Obbligo di mettere a disposizione i dati sulla base di necessità eccezionali

1. Su richiesta, il titolare dei dati mette i dati a disposizione di un ente pubblico o di un'istituzione, un'agenzia o un organismo dell'Unione che dimostri la necessità eccezionale di utilizzare i dati richiesti. [...]».

⁶³ «In caso di emergenze pubbliche, come le emergenze sanitarie, le emergenze derivanti dal degrado ambientale e da gravi calamità naturali, comprese quelle aggravate dai cambiamenti climatici, nonché le gravi catastrofi provocate dall'uomo, come i gravi incidenti di cibersicurezza, l'interesse pubblico derivante dall'utilizzo dei dati prevale sugli interessi dei titolari dei dati a disporre liberamente dei dati in loro possesso. In tal caso è opportuno che ai titolari dei dati sia imposto l'obbligo di mettere i dati a disposizione di enti pubblici o di istituzioni, agenzie o organismi dell'Unione su loro richiesta. [...]», Proposta di Data Act, Considerando 57.

⁶⁴ Agli artt. da 17 a 20 della Proposta di Data Act.

⁶⁵ Parrebbe forse più opportuno fare riferimento ad un indennizzo.

elaborate. Certamente le disposizioni che abbiamo richiamato nel paragrafo precedente sono destinate ad incidere sulla *governance* dei dati degli enti locali perché da una parte richiederanno procedure molto bene congegnate per evitare problemi di coordinamento con altre norme pure applicabili (mi riferisco qui al coordinato disposto delle disposizioni dell'AIA con tutte le norme relative ai flussi di dati).

Per quanto attiene al *Data Act* invece, all'aspetto procedurale, sicuramente da tenere in considerazione, si affiancheranno le considerazioni di merito rispetto alla valutazione dello stato di necessità. Ci si chiede ad esempio se tale valutazione rimarrà totale appannaggio dei vertici dell'ente locale o se invece sarà sottoposta a parametri elaborati a livello centrale.

Il tentativo di analisi della *smart city* nella sua componente digitale svolto in questo contributo ci ha consentito di individuare una serie di norme che, regolando le modalità di trattamento e condivisione dei dati, rappresentano l'intelaiatura dei sistemi di governo dei dati che gli enti locali debbono progressivamente costruire. Non sfugge però come la *governance* dei dati non possa definire il profilo di una *smart city* se non negli aspetti "tecnici" e latamente costituzionali.

Invero però, sono numerosi i diritti fondamentali che rischiano di essere compromessi da un uso non attento e bilanciato delle nuove tecnologie nei contesti urbani.

Occorre tener conto di almeno due possibili degenerazioni. La prima legata ad una deriva del potere pubblico verso forme di sorveglianza non democratica. La seconda caratterizzata invece da un accentuarsi della presenza e del peso dei soggetti privati – fornitori di tecnologie ed infrastrutture essenziali per garantire i servizi ai cittadini – nella determinazione delle politiche pubbliche.

Sul primo versante, le ampie possibilità di sorveglianza e profilazione delle persone fisiche, unite all'utilizzo di algoritmi predittivi, possono come noto compromettere la libertà personale, i diritti di partecipazione alla vita democratica,

la garanzia della tutela dei diritti alla salute, all'istruzione, al lavoro⁶⁶. Scenari di questo genere sono già realtà in Paesi come la Cina⁶⁷, ove attraverso il *Social Credit System*⁶⁸ il governo tiene traccia della condotta di ciascun cittadino, ed in base allo *scoring* ottenuto concede a ciascuno l'accesso a determinati servizi, o al contrario l'esclusione dall'esercizio di alcuni diritti.

Il modello cinese di sorveglianza totale degli spazi e delle persone⁶⁹, basato in larga parte sull'utilizzo di tecnologie di riconoscimento facciale si pone in totale contrapposizione, per esempio, rispetto alla moratoria sull'utilizzo di sistemi di videosorveglianza biometrica sul territorio italiano, stabilita dal Decreto-Legge convertito con modificazioni dalla L. 3 dicembre 2021, n. 205 (in G.U. 7/12/2021, n. 291). Il comma 9 dell'articolo 9 del decreto convertito, prevede infatti che l'installazione e l'utilizzazione di impianti di videosorveglianza con sistemi di riconoscimento facciale operanti attraverso l'uso dei dati biometrici in luoghi pubblici o aperti al pubblico, da parte delle autorità pubbliche o di soggetti privati, siano sospese fino all'entrata in vigore di una disciplina legislativa della materia (comunque non oltre il 31 dicembre 2023)⁷⁰.

La scelta di procedere con una moratoria, in via precauzionale, appare in linea con un approccio costituzionalmente orientato all'uso delle nuove tecnologie. La piena applicazione della Carta costituzionale italiana, incentrata sul principio

⁶⁶ Sul tema ved. la interessante analisi sui pregiudizi alle libertà che possono derivare dall'uso delle nuove tecnologie contenuta in M.S. ESPOSITO, *L'impatto del trattamento sui diritti e le libertà delle persone fisiche: una valutazione alla luce della giurisprudenza delle autorità garanti italiana e spagnola*, in A. MANTELERO, D. POLETTI (a cura di), *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo tra Italia e Spagna*, Pisa, 2018, p. 219 ss.

⁶⁷ H. ROBERTS et al., *The Chinese Approach to AI: An Analysis of Policy, Ethics, and Regulation*, in *AI and Society*, 36, 2021, 59-77

⁶⁸ Ved. R. BERTI, *Il Social Credit System cinese: un esempio di big data al servizio del potere*, in *Agendadigitale.eu*, 30 aprile 2019.

⁶⁹ Quella che è stata definita «una distopia totalitaria condizionata dalla tecnologia», cfr. Garante per la protezione dei dati personali e International Association of Privacy Professionals, *Privacy 2030. Una nuova visione per l'Europa*, reperibile al link <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9457003>, p. 10; ved. anche M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Gruppo di Pisa. La Rivista*, n. 2/2021, p. 171.

⁷⁰ Il comma 12 dello stesso articolo precisa poi che la sospensione non si applica ai trattamenti effettuati dalle autorità competenti a fini di prevenzione e repressione dei reati o di esecuzione di sanzioni penali di cui al decreto legislativo 18 maggio 2018, n. 51, in presenza di parere favorevole reso dal Garante per la protezione dei dati personali.

personalista, pare infatti non consentire l'ingresso, nel nostro ordinamento, di modelli di applicazione dei sistemi di Intelligenza Artificiale che abilitino un controllo pervasivo delle vite e dei corpi di ciascuno.

Per quanto attiene alla seconda possibile degenerazione della Città intelligente, poc'anzi abbiamo ricordato che buona parte dei servizi che caratterizzano la *Smart city* dipendono da infrastrutture, *know-how* e prodotti di operatori privati. Spesso si tratta di *Big Players*, attori di primo piano nella Società dei dati, dotati di potere tecnologico ed economico, oltre che di una visione strategica tale da consentire loro di porsi come interlocutori influenti, capaci di orientare le scelte pubbliche in base ad interessi non necessariamente corrispondenti alle priorità individuate dalle istituzioni rappresentative⁷¹.

Affiancandosi ai rappresentanti democraticamente eletti dai cittadini, questi attori privati potrebbero orientare la scelta di determinate soluzioni tecnologiche piuttosto che altre per il raggiungimento di un obiettivo di pubblico interesse, di fatto però favorendo specifici interessi economici piuttosto che il bene comune.

Come si potrebbero scongiurare sia il rischio di derive verso la sorveglianza universale⁷² sia il pericolo che squilibri di potere economico e tecnologico provochino slittamenti verso modelli di *Smart city* considerevolmente plasmati dagli interessi privati⁷³?

Una via è certamente quella di garantire la partecipazione dei cittadini, attraverso il processo rappresentativo, alla definizione delle modalità con cui la tecnologia può essere impiegata per perseguire il bene pubblico. Gli organi di governo degli enti

⁷¹ «La sovranità negli Stati costituzionali è intimamente legata al concetto di sovranità popolare e alla tutela dei diritti. Ma vuoto concetto sarebbe la sovranità popolare, se venisse spogliata della potestà di determinare, per mezzo dei propri rappresentanti democraticamente eletti, l'indirizzo politico generale», cfr. M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, Gruppo di Pisa, *La Rivista*, 2/2021, p. 170.

⁷² Si veda il provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali relativo al sistema di riconoscimento facciale in tempo reale *SARI Real Time*, docweb n. 9575877 del 25/03/2021; ved. in proposito V. PAGNANELLI, *Decisioni algoritmiche e tutela dei dati personali. Riflessioni intorno al ruolo del Garante*, in Osservatorio sulle fonti, 2/2021, p. 793 ss

⁷³ «The risk of corporate capture of public powers arises in this context since there is the significant risk that private companies will shape the way in which public bodies employ technology to pursue the public good», S. RANCHORDAS, A. KLOP, *Data-Driven Regulation and Governance in Smart Cities*, in *University of Groningen Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series*, 7/2018, p. 33.

locali dovrebbero costituire il centro di raccordo dell'azione di tutti i soggetti che partecipano alla costruzione di un ecosistema digitale urbano - ivi comprese le persone fisiche che sono destinate a vivere nella città e a fruire dei servizi - garantendo che i diritti e le libertà degli individui rimangano sempre formalmente e sostanzialmente al centro dell'azione.

Al contempo, questa azione di coordinamento dovrebbe svolgersi entro un quadro saldamente ancorato al rispetto del principio democratico e dei diritti costituzionali. Infatti, come è stato osservato in dottrina, anche nel mondo digitale l'interpretazione evolutiva delle disposizioni costituzionali consente alle stesse di garantire le libertà della persona, fissando i criteri per realizzare il corretto equilibrio tra autorità e libertà, sia sul versante pubblicistico che su quello privatistico⁷⁴.

Concludendo, nel pianificare i loro percorsi di trasformazione verso il modello *Smart city*, i Comuni dovrebbero mantenere - o riguadagnare - un ruolo centrale di governo del sistema⁷⁵. Essi potranno così gradualmente trasformarsi in ecosistemi digitali virtuosi, in Città intelligenti in cui il sistema valoriale sia autenticamente costituzionale e la politica, seppure *data-driven*, sia capace di orientare la realtà, piuttosto che inseguirla⁷⁶.

⁷⁴ M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, Gruppo di Pisa, *La Rivista*, 2/2021, p. 172.

⁷⁵ Attraverso l'espressione degli indirizzi politici da parte del corpo elettorale, e degli indirizzi politico-amministrativi da parte dell'organo consiliare, cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, p. 332.

⁷⁶ M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in P. COSTANZO, P. MAGARÒ, L. TRUCCO (a cura di), *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*, Napoli, 2022, p. 65.

Tutela dell'ambiente e Costituzione.

Il Magistero di Papa Francesco e l'impegno etico del giurista.

(Parte Seconda – Contrasto al cambiamento climatico, "ecologia integrale" ed impegno etico)

di

Armando Lamberti*

SOMMARIO: 1. Protezione dell'ambiente e contrasto al cambiamento climatico: nuove sfide per il costituzionalismo e per la cooperazione internazionale. Verso una "cittadinanza ecologica". 2. Il Magistero di Papa Francesco per un'ecologia integrale. 3. Conclusioni: prospettive per un impegno etico del giurista.

1. (Continuazione dalla prima parte)

Nella prima parte del saggio è stata analizzata la legge costituzionale n. 1 del 2022, di modifica degli artt. 9 e 41 Cost., evidenziando non soltanto i "vecchi" e i "nuovi" bilanciamenti (anche nel quadro della c.d. costituzione economica), ma prospettando altresì un equilibrio tra gli opposti assolutismi dell'antropocentrismo e dell'ecocentrismo.

Ne è stata così ricostruita la doppia natura di "revisione-bilancio" e di "revisione-programma", sottolineando ora i profili di continuità con la consolidata giurisprudenza costituzionale (ovverosia, se si vuole, con il "diritto costituzionale vivente"), ora le significative novità – in particolare, la costituzionalizzazione dell'interesse delle future generazioni nell'art. 9, terzo comma, e il riferimento ai "fini ambientali" nell'art. 41, terzo comma – suscettibili di determinare un cambio

*Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico – Università di Salerno

di rotta nella legislazione ordinaria e nella giurisprudenza, secondo lo spirito del costituzionalismo “performativo”¹.

È giunta l’ora, a questo punto, di prospettare alcune questioni di carattere generale, che attengono alla saldatura dei profili etici e dei profili giuridici di fronte alla questione ecologica, con particolare riguardo alle sfide poste dal cambiamento climatico. La sensibilità propria dell’“ecologia integrale”, secondo lo spirito dell’Enciclica “*Laudato Si*” di Papa Francesco – entro una prospettiva di rigenerazione complessiva (sociale e ambientale) della comunità umana, lontana dagli opposti estremismi dell’antropocentrismo del passato e dell’ecocentrismo ideologico – consentirà di stimolare la riflessione in ordine ad un necessario cambio di paradigma etico-politico, al quale l’impegno del giurista non può rimanere estraneo.

2. Protezione dell’ambiente e lotta al cambiamento climatico: nuove sfide per il costituzionalismo e per la cooperazione internazionale. Verso una “cittadinanza ecologica”.

Come si è visto nella parte prima del saggio, quindi, una delle maggiori sfide odierne per il costituzionalismo (e non solo) è rappresentata dalla questione ambientale, con particolare riguardo al contrasto ai cambiamenti climatici.

Questione che, per sua natura, assume una connotazione globale: “la Terra è in pericolo”... ci viene spesso raccontato. L’innalzamento della temperatura mondiale, l’effetto serra, l’aumento del livello dei mari sono problemi *globali* che necessitano, inevitabilmente, di risposte *globali*, che sappiano trovare un freno alle più forti dinamiche estrattive del capitalismo globalizzato in una sana cooperazione internazionale. Sappiamo bene che il diritto internazionale pattizio (che pure è stato molto “generoso” sul tema, sol se si consideri quanti accordi,

¹ Cfr. A. MORRONE, *L’“ambiente” nella Costituzione. Premesse di un nuovo “contratto sociale”*, in AA.VV., *La riforma costituzionale in materia di tutela dell’ambiente*, in AA.VV., *La riforma costituzionale in materia di tutela dell’ambiente*, Atti del convegno AIDAMBIENTE, 28 gennaio 2022, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, pp. 91-121.

ormai, siano stati sottoscritti e ratificati in materia ambientale) sconta enormi problemi di effettività.

Basti considerare, per esempio, le difficoltà incontrate dagli accordi internazionali sul contrasto ai cambiamenti climatici, al punto che è emerso – nel dibattito politico internazionale, prima ancora che nella dottrina giuridica – l’interrogativo sull’alternativa “rigidità/flessibilità” dei modelli regolatori: l’accordo di Parigi del 2015, in effetti, è il frutto di questo dilemma di “politica del diritto”, accogliendo un modello più flessibile rispetto al Protocollo di Kyoto del 1997, giacché, sebbene le Parti non siano giuridicamente vincolate a livello internazionale al raggiungimento degli obiettivi stabiliti, nondimeno ciascuno Stato Parte è legalmente vincolato dal punto di vista procedurale (vale a dire è obbligato ad adottare misure di contenimento e mitigazione a livello domestico, così da pervenire agli obiettivi finali), così delineandosi “un percorso di accompagnamento e monitoraggio verso il raggiungimento degli obiettivi di riduzione delle emissioni dei gas ad effetto serra e di mitigazione degli effetti negativi del cambiamento climatico, stimolato dalle Nazioni Unite”².

Questa forma di responsabilizzazione “flessibile” si era resa necessaria, infatti, di fronte alle “difficoltà evidenziate dal Protocollo di Kyoto nell’incidere concretamente nelle *policy* nazionali in tema di cambiamento climatico, nonostante la definita impalcatura rigida (o più rigida rispetto a quella dell’Accordo di Parigi)”: “se, pertanto, il Protocollo di Kyoto dava origine a obbligazioni giuridicamente vincolanti sugli obiettivi di riduzione delle emissioni climalteranti nell’atmosfera, accompagnate da un complesso e approfondito sistema di verifica, l’Accordo di Parigi manteneva un sistema rigido di verifica degli obiettivi, ma favoriva l’autonomia degli Stati ‘responsabili dei loro contributi determinati a

² A. PISANÒ, *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, ESI, Napoli, 2022, p. 141. Dello stesso A., v. anche *La responsabilità degli Stati nel contrasto al cambiamento climatico tra obbligazione climatica e diritto al clima*, in *Etica & Politica*, 3/2022, pp. 349 ss. e *Il diritto al clima. Una prima concettualizzazione*, in *L'Ircocervo*, 2/2021, pp. 261 ss.; in tema, cfr. anche R. LOUVIN, *Spazi e opportunità per la giustizia climatica in Italia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4/2021, pp. 935 ss. Per le prospettive di diritto euro-unitario, nel quadro pre-Parigi, cfr. L. SCHIANO DI PEPE, *Cambiamenti climatici e diritto dell’Unione europea. Obblighi internazionali, politiche ambientali e prassi applicative*, Giappichelli, Torino, 2012, *passim*.

livello nazionale', combinando 'gli impegni assunti dai Paesi firmatari nell'ambito di contributi alla riduzione delle emissioni stabiliti a livello nazionale (...) alle regole procedurali internazionali volte ad assicurare la trasparenza e la promuovere l'innalzamento progressivo degli obiettivi di riduzione' ".³

Ma, come si è sovente constatato, le dinamiche di crescente tensione geopolitica tra Stati Uniti e Cina, unitamente alle difficoltà, ai ripiegamenti e ai ripensamenti interni allo stesso campo occidentale (si considerino, per esempio, i passi indietro del governo statunitense sotto la presidenza Trump), hanno finito col mostrare i limiti di effettività *anche* del modello più flessibile accolto dagli accordi di Parigi.

Allora, di fronte a questo quadro così denso di problematicità, la provocazione intellettuale – teorica e politica – da lanciare si muove su *due terreni*. Da una parte, sotto il profilo squisitamente teorico-giuridico, c'è da chiedersi se sia configurabile (e, ancor più, praticabile), un "costituzionalismo globale" (*global constitutionalism*), che abbia al centro una "Costituzione della Terra", come per esempio ha proposto di recente Luigi Ferrajoli (il quale ne rivendica il carattere non utopico⁴), che istituisca un demanio mondiale a tutela dei beni vitali della natura, metta al bando le armi – specie quelle nucleari – e introduca istituzioni di garanzia in difesa delle libertà fondamentali e in attuazione dei diritti sociali. Si tratterebbe, com'è evidente, di un radicale mutamento di paradigma, ovvero sia – è stato scritto – di una "metamorfosi" dell'attuale diritto ambientale internazionale⁵.

Per Ferrajoli, infatti, a fronte del fatto che, nell'ultimo mezzo secolo, mentre si è assistito ad una triplicazione della popolazione mondiale, si è sviluppato un processo di distruzione della natura in maniera esponenziale, "è necessario e urgente porre termine a questa deriva dando vita a una fase nuova del costituzionalismo che garantisca, accanto ai *diritti fondamentali*, la cui logica

³ A. PISANÒ, *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, cit., pp. 142-143. L'autore riprende, sul punto specifico, G. D'ANDREA, *La lotta ai cambiamenti climatici*, in R. GIUFRIDA – F. AMABILI (a cura di), *La tutela dell'ambiente nel diritto internazionale ed europeo*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 241.

⁴ L. FERRAJOLI, *Per una Costituzione della Terra. L'umanità al bivio*, Feltrinelli, Milano, 2022.

⁵ S. MESSINA, *Il costituzionalismo "globale" alla prova del cambiamento climatico e della crisi ecologica planetaria. Per una possibile metamorfosi del diritto ambientale internazionale*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2/2020, pp. 151 ss.

individualistica e le cui garanzie soggettive li rendono inadeguati alla tutela di interessi collettivi, anche quelli che ben possiamo chiamare *beni fondamentali* perché vitali – come l’acqua potabile, l’aria, il clima, i ghiacciai e il patrimonio forestale –, sottraendoli al mercato e alla politica mediante l’introduzione di garanzie oggettive, come per esempio l’istituzione di un demanio planetario, in grado di assicurarne l’intangibilità”⁶.

In buona sostanza, allora, contro le devastazioni dei beni vitali naturali (e contro la stessa denunciata mercificazione dei beni vitali artificiali) “da parte dell’odierno anarco-capitalismo”, si imporrebbe una nuova espansione del paradigma costituzionale, vale a dire lo “sviluppo di un *costituzionalismo dei beni fondamentali* consistente nella loro sottrazione al mercato e nella garanzia della loro universale accessibilità”⁷, che passi attraverso un demanio planetario il quale rappresenti, sul piano globale, la proiezione del modello di tutela dei “beni comuni”⁸ su cui tanto ha ragionato Stefano Rodotà invocando una nuova stagione di “*costituzionalismo dei bisogni*”⁹.

⁶ Ivi, p. 30.

⁷ Ivi, p. 116.

⁸ Ricordano B. CARAVITA – A. MORRONE, *Ambiente e Costituzione*, in B. CARAVITA – L. CASSETTI – A. MORRONE (a cura di), *Diritto dell’ambiente*, Il Mulino, Bologna, 2016, pp. 26-27, che “I fautori di questa lettura evocano beni non apprensibili secondo la logica del diritto soggettivo di proprietà, ma utilizzano il concetto di ‘bene comune’ per indicare ‘beni adespoti’ perché di tutti i cittadini, beni, a partire dai quali è possibile immaginare un altro modo di organizzare il rapporto politico sotteso alla dialettica autorità-libertà. Parlare di *commons* equivale a ipotizzare una società nella quale le forme di potere non dispongono in termini proprietari di *res* (pubbliche o private), ma sono al servizio esclusivo di ‘beni comuni’, posti al vertice di una scala gerarchica di valori quali precondizioni della democrazia. Nella giurisprudenza costituzionale questa prospettiva teorica trova solo alcuni appigli: quando si considera ‘la tutela dell’ambiente come bene comune’, infatti, il giudice delle leggi intende dire che la ‘conservazione di determinate specie vegetali, su cui si basa l’equilibrio dell’ecosistema, non può essere subordinata alla soddisfazione di interessi particolari’; richiamare ‘le risorse geotermiche’ come ‘bene comune’ serve per giustificarne l’appartenenza ‘al patrimonio statale o regionale’; allo stesso modo, ricondurre le acque pubbliche nell’ambito di quella categoria è utile per giustificare il carattere oneroso delle concessioni per le grandi derivazioni di acque, allo ‘scopo di ripagare la collettività per la devoluzione utilitaristica di un bene comune’. Al di là della giurisprudenza, la prospettiva dell’ambiente come bene comune, nel segnare un ulteriore tassello nella storia contemporanea caratterizzata dalla crisi del diritto nazionale e dalla post-sovranoità, accentua il valore del principio di responsabilità, diffusa e globale, di tutti i soggetti della comunità internazionale nei confronti dell’ambiente.

⁹ Su cui, cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, *passim*.

Dall'altra parte, ci chiediamo se, pur avendo come bussola o come obiettivo ultimo una Costituzione della Terra (perché, d'altronde, di "utopie" tutti avvertiamo il bisogno!), non si debba cominciare, però, da un più concreto rafforzamento della *cooperazione internazionale*, il che, inevitabilmente, richiede una "politica nuova" e opinioni pubbliche consapevoli anzitutto all'interno dei singoli Stati.

Occorre, pertanto, una collaborazione globale, che richiede tanto un rafforzamento degli strumenti del diritto internazionale pattizio quanto un potenziamento delle organizzazioni internazionali a carattere universale: ma ciò, evidentemente, presuppone a monte una rinnovata coscienza politica nelle classi dirigenti dei singoli Stati (chiamate – si badi – non solo a tematizzare il problema ma soprattutto, allontanandosi da facili tentazioni retoriche, a formulare proposte concrete e soluzioni pragmatiche¹⁰) e, nei contesti democratici, un'opinione pubblica forte e matura, in grado di far valere la propria voce. Certo, non pochi potrebbero obiettare che, in fondo, anche questa seconda strada costituisce un'utopia. Ma, se non altro, si tratta di un'*utopia concreta*, volendo riecheggiare Ernst Bloch¹¹.

La stessa revisione degli artt. 9 e 41 della Costituzione non potrà che camminare, anzitutto, sulle "gambe" della politica (e, conseguentemente, del legislatore). Non ci si può illudere che le Corti (nazionali ed internazionali) possano sostituirsi alla legislazione: in altre parole, la strada della "giustizia climatica" – che pure molte Corti hanno seguito, come emerge dalle analisi comparatistiche sul c.d. contenzioso climatico¹² – incontra degli inevitabili limiti, in considerazione della mancanza di strumenti giuridici realmente idonei a far fronte alle omissioni delle autorità pubbliche. È in primo luogo la politica, dunque, ad essere chiamata ad un'assunzione di responsabilità, il che richiede – come inevitabile preconditione – una spinta consapevole e matura delle opinioni pubbliche. Detto altrimenti, la nuova stagione del costituzionalismo ambientale e climatico, se non potrà

¹⁰ Su cui, v., ad esempio, D. MORETTI (a cura di), *Il capitale naturale. Idee e soluzioni per fare pace con il Pianeta*, Paesi edizioni, Roma, *passim*. Da ultimo, v. anche F. RUTELLI, *Il secolo verde. Per salvare il clima. Storia, propaganda e realtà*, Solferino, Milano, 2023, *passim*.

¹¹ Cfr. E. BLOCH, *Il principio speranza*, nuova ed. it. in 3 voll., Mimesis, Milano, 2019.

¹² A. PISANÒ, *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, cit., *passim*.

prescindere dall'apporto della giurisprudenza delle Alte Corti, nondimeno giammai potrà esaurirsi in esso, a meno di non voler accentuare quella tendenza alla *juristocracy* tipica dei tempi contemporanei: *l'environmental constitutionalism*, cioè, sarebbe del tutto monco senza la necessaria "gamba politica", vale a dire senza un impegno politico nell'attuazione dei (nuovi) principi costituzionali in via legislativa, ovverosia – se si vuole – senza una nuova "costituzione materiale ambientale" adeguatamente sorretta da "forze politiche dominanti" autenticamente portatrici dei (nuovi) principi.

Anche la riforma costituzionale italiana, quindi, è chiamata ad inserirsi in un contesto (politico-economico) sempre più favorevole ad operare interventi incisivi per assicurare un contrasto efficace (e non solo puramente retorico) ai cambiamenti climatici da tempo in atto.

Sotto certi aspetti, non mancano segnali incoraggianti: non si dimentichi, per esempio, la coincidenza temporale con la nuova c.d. legge europea sul clima del giugno 2021 (*recte*, Regolamento Ue 2021/1119 del Parlamento e del Consiglio del 30 giugno 2021, che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento CE n. 401/2009 e il regolamento UE 2018/1999), che, nel definire nei *Considerando* i cambiamenti climatici come una "minaccia esistenziale", individua una serie di obiettivi vincolanti: il raggiungimento della neutralità climatica al 2050 e la riduzione delle emissioni per il 2030 al 55% rispetto ai livelli del 1990.

A questi, poi, si accompagnano degli obiettivi intermedi ulteriori, in particolare per il 2040 – che possono essere introdotti, con una valutazione *ad hoc* da effettuarsi nei sei mesi successivi al primo bilancio globale eseguito sulla base degli Accordi di Parigi del 2015 –, e degli obiettivi specifici per determinati settori, come, ad esempio, per i trasporti. In questo quadro articolato, allora, "le finalità esplicitate a livello politico nel *Green Deal europeo* hanno una chiara base legale nel diritto europeo"¹³.

¹³ Così L. BUTTI – S. NESPOR, *Il diritto del clima*, Mimesis, Milano, 2022, p. 211.

Non si tratta, peraltro, di una scelta normativa isolata, ma, piuttosto, di un piano articolato e complesso, anticipato da numerosi atti di *soft law*, prodromici al *Green Deal europeo*: già nel dicembre 2019, la Commissione, invero, aveva emesso una comunicazione con cui illustrava una nuova strategia di crescita mirata a trasformare la società europea in un una “società giusta e prospera”, rispettosa dell’ambiente e caratterizzata da un uso sostenibile delle risorse; nel 2021, poi, era stata diffusa una nuova comunicazione dal titolo “Plasmare un’Europa resiliente ai cambiamenti climatici”, con l’elaborazione di una strategia europea di adattamento ai cambiamenti climatici (e con la correlata istituzione di un osservatorio europeo per il clima e la salute nel quadro della piattaforma UE sull’adattamento ai cambiamenti climatici).

Né, ancora, si possono obliare i significativi passi in avanti compiuti dalla legislazione ordinaria italiana in materia, anche sul fronte specifico del contrasto ai cambiamenti climatici: a titolo puramente esemplificativo, il Decreto Clima (d.l. 111/2019, convertito con modificazioni nella legge 141/2019), ha individuato – di fronte alla “straordinaria necessità ed urgenza di adottare una politica strategica nazionale che permetta di fronteggiare l’emergenza climatica”, tenuto conto dei lavori internazionali e dei vincoli europei – uno strumento di programmazione strategica, rappresentato dal Programma strategico nazionale per il contrasto ai cambiamenti climatici e il miglioramento della qualità dell’aria, da adottarsi in coordinamento con il Piano nazionale integrato per l’energia e il clima (PNIEC) e con la pianificazione di bacino per il dissesto idrogeologico.

La legge cost. n. 1 del 2022, allora, non solo rappresenta la consacrazione costituzionale di una sensibilità da tempo diffusa, ma consente, soprattutto, di superare l’approccio “emergenziale” ai temi dell’ambiente e del clima (come si è visto anche nel c.d. Decreto Clima), inquadrando la protezione dell’ambiente, degli ecosistemi e della biodiversità, anche nell’interesse delle future generazioni, tra i principi fondamentali della Costituzione, e così fornendo una più ampia (anzi, la massima possibile) legittimazione a tutta la normazione protesa al perseguimento effettivo di queste finalità.

In quest'ottica, non mancano (ulteriori) iniziative politiche dirette a trasformare l'approccio "emergenziale" ai temi della politica ambientale e climatica in un approccio strutturale e organico. Ne è un esempio la proposta, lanciata dal Comitato "La Scienza al voto" e avallata da un accordo trasversale tra le principali forze politiche – da cui è derivata una bozza di proposta di legge, ad esito dei lavori di un apposito comitato giuridico (al quale ha partecipato anche chi scrive) –, di istituire un Consiglio Scientifico per il Clima e l'Ambiente, quale organo consultivo, formato da esperti di chiara fama (prevalentemente scienziati e tecnici), in grado di sostenere il Governo – grazie al modello di una collaborazione continua e istituzionalizzata – nell'elaborazione degli strumenti di politica climatica¹⁴.

Occorre, pertanto, (ri)cominciare da una consapevolezza nuova, forte, matura. Anche l'impegno dei giuristi, e dei professori universitari in particolare, deve offrire un contributo, dando voce ad una speranza di cambiamento vero: una speranza e una richiesta – queste – che provengono innanzitutto da quelle giovani generazioni nella cui formazione l'Università trova la sua ragion d'essere. Perché, come ha scritto Papa Francesco nella *Laudato si'*, "i giovani esigono da noi un cambiamento: essi si domandano com'è possibile che si pretenda di costruire un futuro migliore senza pensare alla crisi ambientale e alle sofferenze degli esclusi".

Di qui, allora, l'esigenza di una nuova forma di educazione¹⁵, improntata ad una "cittadinanza ecologica" (*Laudato Si'*, 209-215), protesa a prospettare una alleanza tra uomo e ambiente, realizzando una "responsabilità ambientale"¹⁶ dapprima nei comportamenti individuali e, in seguito, come logico corollario e proiezione dell'impegno etico del singolo, nell'azione politica a livello nazionale, sovranazionale e globale, secondo una logica di sussidiarietà responsabile. Un'educazione, quindi, che, "sollecitando alla *conversione ecologica*" faccia

¹⁴ Per ulteriori indicazioni, v. A. PASINI – P. REGGIANI – F. LANCHESTER, *Migliorare la fiducia tra scienza del clima e politica*, in *Nature Italy*, 2 maggio 2023; cfr. anche l'articolo *Più fiducia tra politica e scienza per combattere la crisi*, in *La Repubblica*, 2 maggio 2023.

¹⁵ Per queste suggestioni, cfr. PAPA FRANCESCO, *Nostra Madre Terra. Una lettura cristiana della sfida dell'ambiente*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2019, *passim*.

¹⁶ Su cui, v. anche la prospettiva filosofico-giuridica di A. LO GIUDICE, *Antropocene e giustizia climatica. L'importanza di un'etica della responsabilità*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2/2020, pp. 109 ss.

comprendere, al contempo, che “occorre rispondere ai problemi sociali con *reti* comunitarie e con una *conversione altrettanto comunitaria*”, “proponendo un *modello alternativo* di intendere la *qualità della vita*”¹⁷ ispirata alla fraternità universale e al rispetto della dignità della persona umana *nell’ambiente*¹⁸.

3. Il Magistero di Papa Francesco per un’ecologia integrale.

Proprio il Magistero di Papa Francesco può rappresentare un fecondo punto di partenza per affrontare la questione ambientale, anche dal punto di vista dei principi costituzionali.

Innanzitutto, infatti, la *Laudato si’* si rivolge non soltanto ai responsabili di governo delle chiese, ma agli uomini di buona volontà – non diversamente dal precedente della *Pacem in terris* di Papa Giovanni XXIII (così di fatto equiparando implicitamente la minaccia ambientale e climatica alla minaccia atomica degli anni Sessanta) – e a “tutti quelli che convivono nella Madre Terra”, così uscendo dal recinto propriamente religioso, onde gettare un ponte per consentire un dialogo tra cristiani, laici, aderenti ad altre fedi, non religiosi¹⁹.

Peraltro, quasi a segnalare il portato universale (e non solo religioso) dell’enciclica, il titolo scelto non è stato tratto, com’è prassi abituale, dalle parole iniziali dell’originale latino, ma da un testo in volgare (qual è, appunto, il Cantico delle Creature di San Francesco da Assisi), che viene eletto a modello per aver messo in pratica, “vivendola con ‘gioia e autenticità’, una prospettiva di ‘ecologia integrale’”, che connette inseparabilmente la “cura per la salvaguardia della natura” con la “preoccupazione per la ‘giustizia verso i poveri, l’impegno nella società e la pace interiore”²⁰.

Un peculiare merito dell’enciclica che impone una riflessione anche al costituzionalista, poi, è la sua visione di insieme, capace di cogliere sapientemente i

¹⁷ Così M. TOSO, *L’enciclica di Papa Francesco sull’ambiente*, in AA.VV., *Laudato si’. Un aiuto alla lettura*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2016, pp. 63-64.

¹⁸ Per una tale prospettiva, v. anche G. GIRAUD, *La rivoluzione dolce della transizione ecologica. Come costruire un futuro possibile*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2022, *passim*.

¹⁹ Cfr., sul punto, D. MENOZZI, *Il Papato di Francesco in prospettiva storica*, Morcelliana, Brescia, 2023, pp. 101 ss.

²⁰ Ivi, pp. 104-105.

nessi tra le principali questioni globali del nostro tempo: “l’intima relazione tra i poveri e la fragilità del pianeta; la convinzione che tutto il mondo è intimamente connesso; la critica al nuovo paradigma e alle forme di potere che derivano dalla tecnologia; l’invito a cercare altri modi di intendere l’economia e il progresso; il valore proprio di ogni creatura; il senso umano dell’ecologia; la necessità di dibattiti sinceri e onesti; la grave responsabilità della politica internazionale e locale; la cultura dello scarto e la proposta di un nuovo stile di vita” (par. 16).

In tal modo, il Pontefice salda “questione ecologica e questione politico-sociale: un’autentica difesa dell’ambiente” è (anche) una “difesa dei poveri dallo sfruttamento di antichi e nuovi poteri”, sicché “un vero approccio ecologico diventa sempre un approccio sociale, che deve integrare la giustizia nelle discussioni sull’ambiente, per ascoltare tanto il grido della terra quanto il grido dei poveri”: “in tal modo la soluzione del problema non viene collocata solo – e nemmeno prioritariamente – in un impegno dei cattolici per la conformazione della legislazione alla morale cristiana, ma in una battaglia politica cui sono chiamati tutti gli uomini d’oggi per dare un più equo assetto alla vita collettiva”²¹.

Si può, quindi, convenire che, “data l’incontestabile interdipendenza tra ecologia ambientale ed ecologia umana, non si può fare a meno di riconoscere che un approccio ecologico realistico sarà sempre anche un approccio *sociale*, chiamato ad integrare la *giustizia* ad ogni livello”²²: conseguentemente, diviene urgente “creare un *sistema normativo*, che stabilisca limiti inviolabili e assicuri la protezione degli ecosistemi, prima che le nuove forme di potere che scaturiscono dal paradigma tecno-economico, oggi imperante, finiscano per distruggere non solo la politica, ma anche la libertà e la giustizia; unirsi in un’*azione politica internazionale* più decisa, capace di emanciparsi dalla sottomissione alla tecnologia e alla finanza, ai poteri economici infeudati al capitalismo finanziario, per aprire spazi ad un’*economia di mercato* orientata al bene comune; coltivare la speranza di poter migliorare l’ambiente; decidere di lasciarsi illuminare dal vangelo della creazione”²³.

²¹ Ivi, pp. 111-112.

²² Così M. TOSO, *L’enciclica di Papa Francesco sull’ambiente*, cit., p. 17.

²³ Ivi, p. 19.

La conversione ecologica, così, intesa come impegno per la cura della Casa comune, si attua attraverso un cambio radicale di paradigma degli stili di vita, in una prospettiva eticamente orientata²⁴, basata non soltanto sulla crescente sensibilità rispetto all'ambiente e alla tutela dei beni naturali, ma anche su una rinnovata attenzione ai problemi sociali e su un profondo senso di fraternità da vivere nella concretezza di ogni giorno.

“Non tutto è perduto”, ricorda allora Papa Francesco, lontano da ogni alternativa “apocalittici o integrati”: gli esseri umani, “capaci di degradarsi fino all'estremo, possono anche superarsi, ritornare a scegliere il bene e rigenerarsi, al di là di qualsiasi condizionamento psicologico e sociale che venga loro imposto” (par. 205). Sicché tutti sono chiamati all'impegno “di coltivare e mantenere una relazione corretta con il prossimo, verso il quale” chiunque “ha il dovere della cura e della custodia”; per ragioni di giustizia, perché, “quando la giustizia non abita più sulla terra (...) tutta la vita è in pericolo” (par. 70). Ciò implica il superamento del “mito moderno del progresso materiale illimitato. Un mondo fragile, con un essere umano al quale Dio ne affida la cura, interpella la nostra intelligenza per riconoscere come dovremmo orientare, coltivare e limitare il nostro potere” (par. 78). Di qui una grande sfida etica: ribadire la centralità della dimensione comunitaria e della responsabilità condivisa dell'uomo per l'uomo, a partire dal presupposto che “l'essere umano impara a riconoscere sé stesso in relazione alle altre creature”, “attraverso ogni cosa” (par. 85). Nella cultura bantu, vi è un termine particolarmente evocativo, che sembra esprimere, con grande capacità sintetica ed immaginifica, questi concetti: *ubuntu*. Ecco, *ubuntu* indica la benevolenza verso gli altri e verso la cosa (e la Casa) comune, esprime la profonda connessione esistenziale tra le persone, l'armonia comunitaria che si nutre della solidarietà, la dimensione della reciprocità.

²⁴ Su cui, v. M. MASCIA – S. MORANDINI, *Etica del mutamento climatico*, Morcelliana, Brescia, 2015, *passim*.

Partendo, allora, anche dall'idea che la Terra è la grande "Casa comune"²⁵, anzi la "madre comune", deriva il corollario della fratellanza universale, nella migliore tradizione della mistica cosmica di San Francesco d'Assisi, che consente di unire il tema della povertà e della questione sociale a quello della tutela ambientale: "la Casa comune, dunque, come il bene comune per eccellenza, che rimanda alla dimensione comunitaria della vita umana e che pone l'esistenza di ogni singolo all'interno del suo popolo, la funzione di ogni cosa in relazione al pianeta intero, i rapporti tra le persone nel quadro dell'umanità generale. Pertanto, l'ecologia diventa una questione che ne contiene molte altre, diventando *ecologia integrale*, che risulta essere il cuore della proposta contenuta nell'enciclica, il concetto decisivo, ricorrente diverse volte nel documento in cui occupa l'intero quarto capitolo come parte centrale del testo papale. 'Integrale' significa che è in grado di comprendere tutte le componenti della vita umana e di quella del pianeta, che devono essere riscattati dai fattori negativi e perversi, nella dimensione locale come in quella globale, a partire dall'ascolto dei gemiti della Madre Terra come anche da quelli dei fratelli poveri e sofferenti dando vita ad un efficace e radicale rapporto di cura"²⁶.

È necessario, cioè, porre al centro dell'azione pubblica un'"ecologia umana", che costituisca un'alternativa alla "cultura dello scarto" e all'indifferenza verso le persone e verso l'ambiente, come già aveva affermato Giovanni Paolo II in una sua catechesi del 17 gennaio 2001, invitando ad una "conversione ecologica": "occorre, perciò, stimolare e sostenere la 'conversione ecologica', che in questi ultimi decenni ha reso l'umanità più sensibile nei confronti della catastrofe verso la quale si stava incamminando. L'uomo non più 'ministro' del Creatore, ma autonomo despota, sta comprendendo di doversi finalmente arrestare davanti al baratro... Non è in gioco,

²⁵ Sul tema, L. BOFF, *Un'etica della Madre terra. Come prendersi cura della Casa Comune*, Castelvechi, Roma, 2019, pp. 59 ss., individua quattro principi indispensabili per un'"etica della Terra": "la compassione", come forma radicale e orientale della cura; "rispetto profondo e nonviolenza attiva"; "una responsabilità condivisa da tutti"; "solidarietà e cooperazione universale".

²⁶ Così G. DEIANA, *Io sono la terra di tutti. Un modo diverso di governare le emergenze del mondo globalizzato*, Gabrielli editori, Verona, 2022, pp. 86-87. Sul tema dell'ecologia integrale, v. anche J. AZETSOP – P. CONVERSI (eds.), *Foundations of Integral Ecology*, Pontificia Università Gregoriana editrice, Roma, 2022; C. AMATO, *Ecologia integrale. Principi, metodi e questioni rilevanti*, Castelvechi, Roma, 2022.

quindi, solo un'ecologia 'fisica', attenta a tutelare l'habitat dei vari essere viventi, ma anche un'ecologia umana' che renda più dignitosa l'esistenza delle creature, proteggendone il bene radicale della vita in tutte le sue manifestazioni".

Conseguentemente, l'ecologia non può prescindere dalla cura della persona umana²⁷, che anzi raggiunge in essa la sua manifestazione più alta e significativa, testimoniando l'interdipendenza tra uomo e ambiente, di là da ogni "antropocentrismo" o "ecocentrismo" assoluti.

Inizia, così, un filo rosso che giunge sino all'enciclica *Fratelli Tutti*, incentrato, appunto, sul concetto di fraternità²⁸. Altro caposaldo della cultura europea, questo, che non può non interrogare il giurista, e il costituzionalista in modo particolare. La *fraternità*, quella terza parola del motto rivoluzionario francese assai sovente obliata, ha una chiara origine cristiana e diventa patrimonio della modernità in un

²⁷ L. ALICI, *Natura e persona nella crisi planetaria*, Castelveccchi, Roma, 2023, pp. 72-73, connette alla politica della "cura" l'"euristica della fragilità", la quale assegna, appunto, "una priorità alla cura delle ferite, iscrivendola nella regione degli imperativi sociali, che devono direttamente prevenire o sanzionare tutti i comportamenti lesivi della incolumità delle persone, della natura e del pianeta. Tali imperativi debbono conseguentemente incorporare nell'ethos condiviso una 'metrica' dei doveri socialmente inderogabili, con tutte le conseguenze che ne discendono sul piano degli assetti normativi, delle tutele istituzionali e delle risorse pubbliche. Anche la cura della fragilità planetaria in un orizzonte globale diventa il banco di prova per innalzare la qualità di un'etica pubblica, capace di custodire il presente e il futuro della vita sulla terra. Senza dimenticare l'invito di *Laudato Si'* a tenere insieme giustizia ambientale e giustizia sociale, la correlazione del curare e del prendersi cura qui non può accontentarsi di contrastare ogni forma specifica di inquinamento e di minaccia, diretta o indiretta, all'equilibrio della biosfera, ma deve altresì opporsi alle disuguaglianze sociali, favorire interazione e istruzione, e ancor prima promuovere la partecipazione corresponsabile a un orizzonte comune, pur nel dislivello dei ruoli e delle funzioni, interpellando la responsabilità dei cittadini e impegnando di conseguenza le istituzioni".

²⁸ V. ancora, sul punto, L. ALICI, *Natura e persona nella crisi planetaria*, cit., p. 74, che "solo l'appello alla fraternità universale, intesa, anche secondo Morin, come 'comunità di destino di tutti gli esseri umani del pianeta', oltrepassando quindi i vincoli di sangue, etnia, cultura, religione, può rianimare dall'interno quell'orizzonte etico che libera dall'antropocentrismo, favorendo concretamente l'estensione planetaria della cura. È esattamente questa la 'promessa mancata della fraternità' e la radice di quell'umanesimo planetario' che è la risposta migliore alla sfida dell'Antropocene: 'Fraternità rigenerata dall'amore e intelligenza cosciente della complessità possono allora orientare il programma d'azione e di riforme per affrontare quei problemi vettori di una 'policrisi' che minacciano di investire il mondo dell'umanità con una 'policatastrofe' ". Per poter affrontare la complessità della crisi planetaria, l'appello alla fraternità universale forse non è sufficiente, ma è certamente condizione necessaria per camminare insieme verso quell'armonia di natura e persona, che si trasforma in storia e diventa mondo comune". Il richiamo compiuto è a E. Morin, *La fraternità, perché? Resistere alla crudeltà del mondo*, Ave, Roma, 2020, p. 15 e p. 55.

processo dialettico di evoluzione, che ne esalta la dimensione orizzontale (la fraternità come spirito solidale tra soggetti “liberi ed eguali in dignità e diritti”, come enuncia l’articolo 1 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo del 1948). In questo processo di evoluzione storica, la fraternità si fa solidarietà in senso moderno, fondata sul reciproco riconoscimento della dignità umana, come in effetti traspare dalla formulazione dell’articolo 2 della nostra Costituzione, che pone il principio solidarista, accanto al riconoscimento dei diritti inviolabili della persona, alla base dell’ordinamento italiano, quale valore fondamentale che deve informare di sé ogni norma ed ogni angolo dell’ordinamento. Ecco che, allora, l’invulnerabilità dei diritti passa dall’inderogabilità dei doveri: il dovere costituzionale di solidarietà “deve essere funzionale alla miglior tutela dei diritti fondamentali dell’altro”²⁹.

Tornano alla mente, a ben vedere, in un ideale dialogo con la Costituzione repubblicana italiana, gli insegnamenti dell’alto Magistero di Papa Giovanni XXIII: “nella convivenza umana ogni diritto naturale in una persona comporta un rispettivo dovere in tutte le altre persone: il dovere di riconoscere e rispettare quel diritto. Infatti, ogni diritto fondamentale della persona trae la sua forza morale insopprimibile dalla legge naturale che lo conferisce, e impone un rispettivo dovere. Coloro pertanto che, mentre rivendicano i propri diritti, dimenticano o non mettono nel debito rilievo i rispettivi doveri, corrono il pericolo di costruire con una mano e distruggere con l’altra”.

La dimensione dei doveri di solidarietà traduce nella sfera del giuridico la fraternità cristiana e illuministica, calandola nella dimensione concreta dei rapporti sociali: “riconoscere l’altro come essere umano, per un’antropologia personalistica” come quella adottata dalla Costituzione italiana, “significa allora accoglierne e sostenerne la strutturale condizione di fragilità e disporre l’organizzazione dei rapporti sociali alla cura come a un dovere inderogabile”³⁰.

²⁹ Così G. AZZARITI, *Il dovere costituzionale della solidarietà*, in C. SMURAGLIA (a cura di), *La Costituzione 70 anni dopo*, Viella, Roma, 2019, p. 245.

³⁰ Così F. PIZZOLATO, *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Città Nuova, Roma, 2012, p. 39

Il ruolo che il principio di solidarietà svolge nell'evidenziare la "socialità" intrinseca della persona umana è opportunamente messo in luce, d'altronde, dalla stessa Corte Costituzionale, la quale – nella sentenza 75/1992 – afferma che il principio in questione, "comportando l'originaria connotazione dell'uomo *uti socius*, è posto dalla Costituzione tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, tanto da essere solennemente riconosciuto e garantito, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, dall'art. 2 della Carta Costituzionale come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente".

E, ancora, la Corte – nel riferirsi al volontariato come espressione per eccellenza della solidarietà (emblema di un dovere che si fa sostanza etica e si trasforma in "spontaneismo") – parla di un' "istanza dialettica volta al superamento del limite atomistico della libertà individuale, nel senso che tale libertà è una manifestazione che conduce il singolo sulla via della costruzione dei rapporti sociali e dei legami tra gli uomini, di là da vincoli derivanti da doveri pubblici o da comandi dell'autorità".

La lezione di Papa Francesco, che ci invita a riscoprire il valore della fraternità, è, dunque, un invito anche a guardare alle precondizioni essenziali per il godimento dei diritti fondamentali, e - in particolare - di quei diritti sociali che consentono alla dignità della persona di farsi realtà concreta.

La pandemia ha messo in luce molte tendenze già in atto da lungo tempo, e che il Pontefice ha magistralmente colto sia nella *Laudato si'* sia nella *Fratelli tutti*: una visione distorta dell'economia, ancorata ai "dogmi" neoliberali e a "certe visioni economicistiche chiuse e monocromatiche", che produce esclusione sociale, miseria, disuguaglianze insostenibili, migrazioni massicce di disperati, "condizioni assimilabili a quelle della schiavitù", la mercificazione dell'umano e la distruzione dell'ambiente.

Il Papa denuncia con grande lucidità quella che definisce una insostenibile "cultura dello scarto": occorre, quindi, "pensare e agire in termini di comunità, di priorità

della vita di tutti sull'appropriazione dei beni da parte di alcuni (...), lottare contro le cause strutturali della povertà, la disuguaglianza, la mancanza di lavoro, della terra e della casa, la negazione dei diritti sociali e lavorativi (...), far fronte agli effetti distruttori dell'Impero del denaro (...). La solidarietà, intesa nel suo senso più profondo, è un modo di fare la storia, ed è questo che fanno i movimenti popolari" (*Fratelli tutti*, par. 116).

Ecco, allora, emergere la centralità dell'idea di cura, come espressione di una relazione "virtuosa e non dominatrice rispetto alla natura e al pianeta, agli altri e ai popoli, per preservarli dalle guerre e dalle distruzioni, dagli squilibri tra ricchezza e povertà, dalla violazione dei diritti umani e sociali (...) che costituiscono i fattori della 'guerra a bassa intensità'"³¹.

In questo contesto, dunque, si comprende l'invito ad individuare forme e strumenti qualificati di governance a livello globale "per tutta la gamma dei cosiddetti beni comuni globali" (*Laudato si'*, par. 174), atteso che "la protezione ambientale non può essere assicurata solo sulla base del calcolo finanziario di costi e benefici. L'ambiente è uno di quei beni che i meccanismi del mercato non sono in grado di difendere o di promuovere adeguatamente" (par. 190).

In particolare, di fronte al fenomeno dei cambiamenti climatici, che il Papa definisce come "problema globale con gravi implicazioni ambientali, sociali, economiche, distributive e politiche" (par. 25) – che tocca intere popolazioni, molto spesso obbligate a lasciare la loro terra e le loro case – occorre non rassegnarsi alla globalizzazione dell'indifferenza, ma, al contrario, acquisire coscienza del fatto che il clima è un bene comune, e che la sua tutela "costituisce una delle principali sfide attuali per l'umanità" (par. 25) e, conseguentemente, per il diritto internazionale.

4. Conclusioni: prospettive per un impegno etico del giurista.

Il Magistero del pontefice, dunque, si colloca in un'ottica che invita anche la comunità dei giuristi ad interrogarsi sulle prospettive della tutela ambientale a

³¹ Così G. DEIANA, *Io sono la terra di tutti. Un modo diverso di governare le emergenze del mondo globalizzato*, cit., p. 89.

livello mondiale: alla luce dell'enciclica di Papa Francesco quella delineata alternativa tra il "costituzionalismo globale" a la Ferrajoli e l'"utopia concreta" della cooperazione internazionale non appare così netta, sicché l'uno sforzo non esclude l'altro.

In altre parole, l'impegno – a partire da quello teorico – per una Costituzione della Terra, come nuova sfida o nuova stagione per la storia del costituzionalismo, non preclude, anzi presuppone (per un *mininum* di effettività), il rafforzamento della cooperazione internazionale e, conseguentemente, degli strumenti del diritto internazionale pattizio.

D'altro canto, la stessa strada della cooperazione, più concreta ma non certo priva di difficoltà (sol se si consideri lo stato attuale delle relazioni internazionali), da perseguire con decisione onde rafforzare gli obblighi gravanti sugli Stati e la definizione di nuovi obiettivi, non impedisce di provare a coltivare il sogno del *global constitutionalism* che, proprio sui temi della protezione ambientale, può ambire a rappresentare una nuova, originale, stagione del costituzionalismo.

Ancora, l'enciclica del Pontefice può costituire un riferimento di estrema importanza per sostenere quella lontananza – della quale si è parlato *supra* – dagli opposti estremismi dell'ecocentrismo e dell'antropocentrismo assoluti. Questo dualismo, che non può porsi come nuovo terreno di scontro tra valori "tiranni", può (e deve) essere stemperato.

Come anche lo sviluppo di questo lavoro ha cercato di dimostrare, dunque, la lettura dell'ambiente comprende la dimensione "universale" (le Dichiarazioni internazionali che fissano i principi, i Protocolli non vincolanti, gli Accordi di limitata effettività), la dimensione "etica" (l'enciclica papale) e la dimensione "giuridica" in senso stretto (la novella costituzionale dell'art. 9, prima ancora la modifica del titolo V della Parte II della Costituzione)

In particolare, è stretto il collegamento della dimensione "etica" ed "antropologica" con la dimensione "giuridica". Insomma, non si può parlare dell'ambiente senza parlare dell'uomo (l'uno è reciprocamente "misura" dell'altro).

In questo ambito si inserisce la visione cristiana, nella quale agli esseri umani spetta la responsabilità di “coltivare e custodire il giardino del mondo” (par. 67), nella consapevolezza che “lo scopo finale delle altre creature non siamo noi. Invece, tutte avanzano, insieme a noi e attraverso di noi, verso la meta comune che è Dio” (par. 83).

Siffatta prospettiva, quindi, può sostenere dall'esterno, in un fecondo dialogo culturale, la visione laica del giurista, che non può trarre dal novellato disposto costituzionale né l'indicazione di un ecocentrismo o di un biocentrismo assoluto – che altrimenti pregiudicherebbe l'essenza personalista dell'antropologia costituzionale desumibile dagli artt. 2 e 3, secondo comma, Cost., e lo stesso richiamo all'interesse delle future generazioni (umane) contenuto nel “nuovo” art. 9 Cost. – né di un antropocentrismo senza limiti – che si porrebbe in evidente e radicale contrasto con lo spirito e con il testo dell'art. 9 Cost.³².

Alla stregua di questa impostazione, la dimensione giuridica non è destinata a svolgere un'azione meramente conservativa dell'ambiente, quella, cioè, che deriverebbe dal prevalere di una impostazione che consideri l'ambiente come un bene indisponibile da parte dell'uomo (in quanto ne sono titolari le generazioni future alle quali l'uomo ha il dovere di consegnarlo intatto) e che all'ambiente assegni un'importanza preponderante rispetto a qualsiasi altro bene giuridico.

Al contrario, la dimensione giuridica deve riconoscere la liceità innanzitutto morale dell'azione dell'uomo sull'ambiente, che si traduce in un suo diritto di intervento sul presupposto – compatibile tanto con l'etica laica, quanto con quella religiosa – che l'uomo non è nemico della natura, ma ne è parte: tale diritto, tuttavia, non è illimitato e deve essere, invece, disciplinato giuridicamente in vista della sua conciliabilità con gli interessi generali.

Torna, peraltro, in questo discorso la dimensione universale dell'ambiente, perché in questa materia vale il principio dell'interesse comune dell'umanità, in base al quale gli stati si impegnano a non perseguire esclusivamente l'interesse nazionale,

³² Cfr., per un equilibrio tra la prospettiva “antropocentrica riduttiva” e quella “ecocentrica più ampia”, G. M. FLICK, *La biodiversità della “specie umana” nell'articolo 9 della Costituzione*, in ID., *Il filo rosso della giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2023, in particolare pp. 463 ss.

ma tutelano l'ambiente riconoscendolo come patrimonio comune di tutta l'umanità.

In questo rinnovato contesto, peraltro, ad ulteriore testimonianza del rifiuto degli opposti modelli "assoluti", non sfugge la valenza stessa dell'ambiente come precondizione del godimento dei diritti e delle libertà fondamentali, sicché la sua protezione, quale compito essenziale della Repubblica (e, quindi, *sia* di tutto l'insieme dei livelli di governo *ex art. 114 Cost. sia*, più in generale, dello Stato-comunità, e cioè di tutti i cittadini, singoli e associati, così prospettandosi una sussidiarietà orizzontale "ecologicamente orientata"), si configura come un elemento essenziale dello Stato costituzionale di diritto.

In altre parole, se l'essenza dello Stato costituzionale risiede nella garanzia della dignità della persona e dei suoi diritti fondamentali, allora esso non può non impegnarsi nella protezione dell'ambiente e degli ecosistemi (e, correlativamente, nel contrasto ai cambiamenti climatici), così da assicurare quelle necessarie precondizioni per il godimento degli stessi diritti fondamentali.

Ma, più ancora, l'acuirsi del problema del cambiamento climatico e lo stesso impatto della pandemia su questo mondo già "malato", pervaso dalla "globalizzazione dell'indifferenza", dovrebbero indurci a riflettere sulle prospettive di un nuovo *costituzionalismo sociale e ambientale*.

Ecco perché – si è ricordato –, tra le varie formule che spesso la dottrina (specie tedesca) ha prospettato, si potrebbe al più parlare, semmai, con una espressione di "sintesi", di uno "*Stato di diritto sociale ed ecologico*", che unisce, valorizzando le plurime declinazioni del principio solidarista (cfr. art. 2 Cost. it.), i tradizionali contenuti liberali e democratico-sociali con le nuove istanze dello "*Stato di diritto ecologico*" (*Ökologische Rechtsstaat*)³³: quest'ultimo, quindi, non può essere letto come l'espressione di una autonoma forma di Stato, ma, piuttosto, come una (nuova) componente dello Stato sociale di diritto, che certamente rafforza, nel bilanciamento, l'elemento obiettivo dell'integrità ambientale e della tutela della

³³ Cfr. K. BOSSELMANN, *Im Namen der Natur. Der Weg zum ökologischen Rechtsstaat*, cit., *passim*.

natura, ma che giammai può spingersi sino a strumentalizzare la dignità della singola persona umana al valore obiettivo della protezione ambientale.

La legge costituzionale n. 1 del 2022 si pone certamente in questa direzione, ma non è sufficiente di per sé né, *a fortiori*, può essere considerata una panacea per tutti i “mali” della questione ambientale e climatica.

Non sfugge, invero, che in essa si rinvergono i presupposti per un “cambio di paradigma”, a partire dal riconoscimento dell’interesse delle future generazioni e dal riorientamento in senso ecologico dell’attività economica (pubblica e privata); peraltro, sebbene manchi, nei novellati articoli 9 e 41 Cost. un riferimento espresso al contrasto ai cambiamenti climatici, purtuttavia – essendo il clima definibile alla stregua di una funzione regolatoria degli ecosistemi – la tutela degli ecosistemi *ex art. 9, comma 3, Cost.* implica, nelle condizioni attuali, anche la tutela del clima e, conseguentemente, integra un obiettivo costituzionalmente rilevante, richiedendo e legittimando misure normative di contrasto ai cambiamenti climatici.

Un’interpretazione in senso estensivo dell’art. 9, terzo comma, della Costituzione, con particolare riguardo alla formula “tutela dell’ecosistema”, consentirebbe perciò di includere, tra gli obiettivi costituzionalmente rilevanti, la tutela del clima: questa opzione, d’altronde, verrebbe ad essere rafforzata dal riferimento esplicito all’interesse delle future generazioni, come evidenzia – entro la prospettiva comparatistica – la vicenda tedesca, e in specie la ricordata sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco del 24 marzo 2021 (c.d. *Neubauer*), la quale, pur in mancanza di clausole climatiche nel *Grundgesetz*, ha operato un’interpretazione in senso estensivo dell’art. 20A, sostenendo che la protezione della vita e dell’integrità fisica ricomprende anche la protezione contro i danni causati dall’inquinamento ambientale, sicché il “dovere di protezione” gravante sullo Stato investe anche la tutela *dal* cambiamento climatico ed è, correlativamente, idoneo a giustificare un “obbligo giuridico oggettivo di tutela nei confronti delle generazioni future”.

Ma, com’è evidente, l’avvenuta costituzionalizzazione del principio della tutela dell’ambiente, degli ecosistemi e della biodiversità è condizione necessaria, ma non

sufficiente, per dare “corpo” all’auspicato cambio di paradigma³⁴: occorre, cioè, che in sede legislativa siano individuate le soluzioni necessarie per attuare adeguatamente i principi costituzionali e che, al contempo – essendo, invero, la sede amministrativa il banco di prova per definire *concretamente* gli interessi in giuoco –, siano introdotti nuovi procedimenti molto più trasparenti e partecipativi. E, tra le soluzioni concrete, essenziali appaiono, senz’altro, quelle *istituzionali* (fermo restando che la dialettica tra decisori e controllori, specie in materia di ambiente, si rivela particolarmente complessa), così da trasformare l’approccio “emergenziale” alla politica climatica in un approccio strutturale e organico *anche* dal punto di vista dei centri decisori [sol se si consideri, per esempio – *inter alia* –, l’invito del regolamento europeo sul clima (Reg. UE 2021/1119) ad istituire, nei singoli Stati membri, un organo consultivo nazionale sul clima].

In una prospettiva *de iure condendo*, allora, si può rilanciare, in questa sede, l’azione del Comitato “La Scienza al voto”, da cui è derivata, come si accennava in precedenza³⁵, una bozza di proposta di legge – alla quale anche chi scrive ha contribuito – avente ad oggetto l’istituzione di un Consiglio Scientifico per il Clima e l’Ambiente (CSCA), quale organo consultivo del Governo e del Parlamento, formato, per lo più, da scienziati, in grado di sostenere il Governo e il Parlamento nella definizione, elaborazione e attuazione delle linee di politica climatica (funzione che – si è immaginato nella predetta proposta – potrebbe essere

³⁴ Cfr., sul punto, S. GRASSI, *La tutela costituzionale dell’ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, in Energia. Rivista trimestrale sui problemi dell’energia*, 4/2022, pp. 16-22. Lo stesso A., in *Ambiente e Costituzione*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell’ambiente*, 3/2017, p. 29, ricorda che si renderebbe necessario, “sul piano di una legislazione di livello costituzionale, un chiarimento sull’interpretazione che il nostro ordinamento è in grado di dare ai principi che, nel diritto internazionale e nel diritto comunitario, si sono affermati per la tutela dell’ambiente. Vi è, in altri termini, l’esigenza non tanto di definire o enunciare la tutela dell’ambiente, quanto di individuare in concreto la portata dei principi per l’azione a tutela dell’ambiente, gli unici che sono in grado di giungere, nella loro interazione, a consolidare un risultato anche in termini di corretta individuazione delle risorse e degli equilibri ambientali che occorre salvaguardare. Si dovrà andare, in altri termini, nella direzione presa dall’ordinamento francese, che ha approvato, accanto al Code de l’Environment, anche la fondamentale Charte Constitutionnelle de l’Environment (loi constitutionnelle n. 2005-205)”.

³⁵ V. *supra*, nota 68.

ulteriormente rafforzata dalla previsione di incontri a cadenza trimestrale tra i rispettivi delegati istituzionali).

La presenza stabile e istituzionalizzata di un organo quale il CSCA, operante nel rispetto dei principi di “corretta utilizzazione del dato scientifico” e di “pluralità degli strumenti a disposizione per il superamento delle crisi”, potrebbe contestualmente supportare, in tal modo, anche l’implementazione degli obiettivi di politica climatica assunti a livello internazionale: in particolare, il Consiglio potrebbe individuare degli “obiettivi intermedi” (per esempio, triennali), scientificamente fondati ma non vincolanti, e – correlativamente – degli strumenti politico-amministrativi idonei a perseguirli, così da consentire la realizzazione di un percorso costante e coerente verso il raggiungimento degli standard fissati negli accordi internazionali.

Si è immaginata, altresì, la presentazione alle Camere di un Rapporto del CSCA, entro il 30 giugno di ogni anno (con l’indicazione degli obiettivi triennali e delle proposte conseguenti), e, contestualmente, un obbligo del Governo di presentazione alle Camere, ai fini della relativa discussione, di una Relazione operativa sul superamento delle crisi ambientali, come allegato al disegno di legge di bilancio, con l’individuazione degli strumenti adottati e adottabili ai fini del raggiungimento degli obiettivi proposti dal Consiglio.

Il giurista, quindi, al di là delle soluzioni che è in grado di proporre e di apprestare, è sempre chiamato a testimoniare una tensione etica e una responsabilità civica per contribuire a dare piena effettività ai valori costituzionali.

A maggior ragione, d’altronde, se si tratti di un giurista professore universitario che, prima di tutto, sia nella didattica sia nella ricerca, è un *formatore di persone*. Se è vero che, come scriveva Tommaso d’Aquino, “il maestro non causa il lume intellettuale del discepolo, né direttamente le specie intellegibili, ma con il suo insegnamento stimola il discepolo perché, applicando la capacità del proprio intelletto, formi i concetti dei quali, dal di fuori, offre i segni” e “nei riguardi del discepolo, non fa altro che proporgli dei segni o indicargli qualcosa con parole o

con gesti”³⁶, allora noi tutti siamo chiamati, *con l’insegnamento e con l’esempio dei nostri gesti*, a testimoniare i valori in cui ci riconosciamo, nel nome di una responsabilità civica eticamente ispirata, affinché le giovani generazioni – per riprendere le belle parole di Edgar Morin – siano protagoniste di una “trasformazione, nel proprio essere mentale, della conoscenza acquisita in sapienza” e dell’“incorporazione di questa sapienza nella propria vita”³⁷.

³⁶ TOMMASO D’AQUINO, *De magistro*, Armando Editore, Roma, 1965, pp. 119-121.

³⁷ E. MORIN, *La testa ben fatta. Riforma dell’insegnamento e riforma del pensiero*, Lazzari, Milano, 2000, p. 45.

La sfida della digitalizzazione della pubblica amministrazione nel quadro dei valori costituzionali: tra open data, riuso delle informazioni pubbliche e diritto al buon andamento

di

Gianluca Fasano*

SOMMARIO: PARTE II: 4. Nuove tecnologie, eguaglianza e diritto alla buona amministrazione.
– 5. Conclusioni.

4. Nuove tecnologie, eguaglianza e diritto alla buona amministrazione.

L'apertura dei dati non equivale di per sé ad amministrazione aperta. Se gli open data, nell'ambito del più ampio processo di digitalizzazione della pubblica Amministrazione, muovono prevalentemente verso un nuovo approccio organizzativo di questa, al fine comprensibile di promuovere e sostenere lo sviluppo dell'economia dei dati attraverso il riuso del patrimonio informativo pubblico, occorre sviluppare una riflessione di sistema sui principi dell'organizzazione pubblica e ricondurre le nuove tecnologie entro la prospettiva, costituzionalmente orientata, di assicurare la centralità della persona e la garanzia dei diritti fondamentali. Anche in chiave europea, il diritto ad una buona amministrazione, di cui all'art. 41 della CDFUE, va considerato conseguenza dell'esistenza dell'Unione in quanto comunità di diritto¹, secondo le indicazioni

*Dirigente Tecnologico dell'Istituto di Scienze e Tecnologie della Cognizione del CNR.

¹ V. Corte di Giustizia, sentenza del 23 aprile 1986, causa 294/83, Les Verts/Parlamento, in Racc., 1986; anche parere del 14 dicembre 1991, in Racc., 1991, I-6079, p.to 19.

sviluppate dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha consacrato la buona amministrazione come principio generale di diritto (sulla base dell'art. 6 TUE)².

Un primo riferimento può esser assunto dalla strategia europea denominata approccio umanocentrico, con cui si concentra l'attenzione sulla complessa trama di relazioni che vengono ad instaurarsi tra persone e sapere tecnologico. Nel dibattito istituzionale³ e scientifico⁴ si fa sempre più strada una concezione protetica⁵, che riconosce alle nuove tecnologie il compito di espandere i confini della cognizione umana, determinando la liberazione della persona dai propri limiti cognitivi e assicurando alla società intera una profonda innovazione⁶. Lo spazio della cognizione umana si espande considerevolmente incidendo - sia in senso positivo che negativo - i diritti fondamentali, ricadendo su limiti, tempi, modi e forme di esercizio dei diritti.

A livello europeo tale visione è stata tradotta nella strategia per lo sviluppo di un AI affidabile⁷, in particolare nella *Communication "Building Trust in Human-Centric*

² Cfr., tra l'altro, la sentenza della Corte del 31 marzo 1992, causa C-255/90 P, Burban, Racc. 1992, pag. I-2253, Corte di Giustizia, sentenza 29 maggio 1997, causa C-299/95, Kremzow c. Commissione, in Racc. 1997, I-2629, "i diritti fondamentali [tra i quali rientra quello ad una buona amministrazione] fanno parte integrante dei principi generali del diritto, dei quali il giudice comunitario garantisce l'osservanza"; v. anche il parere 2/94 del 28 marzo 1996, Racc.1996, I-1759 e le sentenze del Tribunale di primo grado del 18 settembre 1995, causa T-167/94, Nölle, Racc.1995, pag. II-2589; del 9 luglio 1999, causa T-231/97, New Europe Consulting e altri, Racc. 1999, pag. II-2403.

³ Il 18 febbraio 2020, Il Ministro per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione e il Presidente della Fondazione Leonardo hanno firmato un protocollo d'intesa, per definire il contesto etico e giuridico all'interno del quale sviluppare e applicare l'intelligenza artificiale, in particolare per rispondere alle esigenze della Pubblica Amministrazione.

⁴ J. SCHNAPP - A. BURDICK - J. DRUCKER - P. LUNENFELD - T. PRESNER, *Umanistica Digitale*, Milano, 2014.

⁵ La visione protetica venne teorizzata almeno un ventennio fa da V. FROSINI, *Il giurista e le tecnologie dell'informazione*, Roma, 1998, 58, il quale evidenziava come l'informatica avesse determinato una vera mutazione antropologica: "Dialogare attraverso le macchine, o con le macchine stesse, non è la stessa cosa di conversare a viva voce: si adopera una protesi intellettuale, che modifica il procedimento del conoscere e del comunicare. L'uomo è divenuto essenzialmente diverso da quello che è stato in tutti i tempi, e non potrebbe tornare indietro senza perdere la sua nuova umanità, che gli è stata conferita dalla cultura informatica di massa".

⁶ Cfr. A. SIMONCINI, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in R. CAVALLO PERIN - D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020, 3.

⁷Nell'ambito della Strategia europea per l'Intelligenza Artificiale, la Commissione europea ha pubblicato il 21 aprile, la **proposta di Regolamento sull'approccio europeo all'Intelligenza**

*Artificial Intelligence*⁸, con cui la Commissione Europea ha recepito i requisiti fondamentali stabiliti negli *Orientamenti etici per una Intelligenza artificiale affidabile* predisposto dal Gruppo di Alti esperti sull'AI. Più di recente, l'approccio umano-centrico è stato posto alla base della «Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale», in cui, ancora una volta, il regolatore è chiamato a ponderare il bisogno di tutela della persona con la forte spinta verso la promozione dell'economia digitale⁹.

L'approccio umano-centrico della strategia politica europea sull'intelligenza artificiale trova fondamento nei valori stabiliti nel Trattato dell'Unione Europea. In particolare: l'articolo 2 del Trattato promuove la democrazia, il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali, lo Stato di diritto e la solidarietà, valori fondamentali per l'approccio umano-centrico dell'IA, che mette al centro le esigenze e i diritti delle persone¹⁰; l'articolo 3 del Trattato stabilisce gli obiettivi dell'Unione, tra cui la promozione del benessere dei suoi cittadini e la costruzione di un'Europa socialmente responsabile, laddove l'approccio umano-centrico dell'IA si propone di migliorare la qualità della vita delle persone e di promuovere il benessere sociale; l'articolo 114 del Trattato fornisce una base giuridica per l'adozione di norme armonizzate a livello europeo per il funzionamento del mercato interno, e così l'approccio umano-centrico dell'IA si concentra sulla

Artificiale [COM(2021) 206 final] che propone il **primo quadro giuridico europeo sull'IA, fondato sulla visione umano-centrica**. Il nuovo approccio europeo fa seguito ad una serie di iniziative intraprese negli ultimi anni, tra cui, la consultazione pubblica sul Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale (COM 2020) 65 final del 19 febbraio 2020) e gli Orientamenti etici per una Intelligenza artificiale affidabile, del Gruppo ad alto livello sull'intelligenza artificiale, pubblicate l'8 aprile 2019.

⁸ Cfr. COM(2019)168 final, 8 aprile 2019.

⁹ I dati sono considerati una risorsa essenziale per il progresso sociale in generale, e in particolare per la crescita economica, la competitività, l'innovazione e la creazione di posti di lavoro. Nel considerando 4 troviamo espressamente delineati i valori in gioco, evidenziando che «La visione dell'UE per la trasformazione digitale mette al centro le persone, conferisce loro maggiore autonomia e responsabilità e promuove le imprese innovative» ([26.1.2022 COM\(2022\) 28 final](#)).

¹⁰ Sull'art. 2 TUE v. il commento di S. MANGIAMELI, *Article 2*, in H.-J. BLANKE – S. MANGIAMELI (Eds.), *The Treaty on European Union (TEU) – A Commentary*, Springer Heidelberg, 2013, 109-157.

necessità di sviluppare un quadro normativo armonizzato per regolare l'uso dell'IA.

Ebbene, anche il tema dell'accessibilità e condivisione del patrimonio informativo pubblico va canalizzata entro questo approccio. E, dal momento in cui l'utilizzo delle nuove tecnologie investe l'agere amministrativo tale approccio diviene ancor più radicale, dovendosi collocare in una prospettiva costituzionalmente orientata, di guisa da concedere piena attuazione non soltanto ai principi di buon andamento e imparzialità (art. 97 C.), oggi convalidati a livello europeo dal diritto alla buona amministrazione (art. 41 CDFUE), ma soprattutto ai principi di eguaglianza e di pari dignità sociale (art. 3 C.) e, in generale, ai diritti costituzionali tutti, secondo la prospettiva dei principi dello Stato di diritto.

Si impone, quindi, una riflessione di sistema che possa condurre a riconoscere il valore costituzionale di questo asset. Già da tempo la nostra dottrina ha chiarito che la disciplina della pubblica amministrazione non possa ricavarsi soltanto da due articoli (solitamente richiamati, l'articolo 97 e 95), ma dall'«intera Costituzione», ricca di tante altre disposizioni che in varia misura si riferiscono all'amministrazione¹¹ e che indicano le fondamenta su cui operare la transizione digitale.

In tal senso, non sembra coerente affermare che non vi sono disposizioni costituzionali che facciano riferimento agli *open data* e parrebbe riduttivo richiamare soltanto l'art. 117 Cost., co. 2, lett. r), che assegna alla potestà legislativa esclusiva dello Stato la materia, fra le altre, del «coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale»¹².

¹¹ Giova ricordare le note parole di Carlo Esposito «Chi voglia sapere come è disciplinata l'amministrazione nella nostra Costituzione, non deve leggere due soli articoli, ma l'intera Costituzione» (*Riforma dell'Amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, cit., 248), con cui l'Autore «esprimeva un giudizio che sarebbe divenuto il "programma di lavoro" per l'indagine giuridica sul tema Costituzione repubblicana e pubblica amministrazione», G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa. Principi, in Sistema del diritto amministrativo italiano*, diretto da F.G. SCOCA – F.A. ROVERSI MONACO – G. MORBIDELLI, Torino, 2013, 37.

¹² Sul tema del coordinamento informativo è intervenuta anche la Corte costituzionale, con sentenza n. 133 del 2008, secondo cui l'attribuzione a livello centrale della suddetta materia «corrisponde alla necessità di assicurare una comunanza di linguaggi, di procedure e di

Un fondamento che merita di esser posto in evidenza riguarda il principio di sussidiarietà orizzontale (Cost. art. 118, comma 4) in forza del quale l'amministrazione è chiamata a favorire «l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale». In questa prospettiva, l'accessibilità e la condivisione del patrimonio informativo pubblico non è più funzionale soltanto a «promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali», ma esige un 'cambio di rotta', costituendo la base per poter comporre un «nuovo paradigma pluralista e paritario»¹³ nell'ambito della relazione amministrazione-cittadini. Attualmente, tale riferimento pare fondare il percorso di valorizzazione del patrimonio informativo pubblico soltanto su un piano formale, considerate le note difficoltà per i cittadini, vuoi per via della scarsità di risorse economiche che di strumenti tecnici, di estrarre conoscenza dai dati pubblici¹⁴.

Una decisiva spinta, inoltre, verso la centralità della persona e la garanzia dei suoi diritti, può esser assicurata attraverso un'interpretazione nell'ordinamento nazionale dei principi dell'organizzazione pubblica (art. 97 C.) alla luce dei principi del costituzionalismo, così come il «diritto alla buona amministrazione» (art. 41 Carta)¹⁵ assicura nell'applicazione del diritto europeo gli stessi principi, alla luce dei diritti garantiti dalla Carta.

standard omogenei, in modo da permettere la comunicabilità tra i sistemi informatici della pubblica amministrazione (sentenze n. 31 del 2005 e n. 17 del 2004)».

¹³ Cfr. G. ARENA, *Cittadini attivi*, Roma, 2011, secondo l'Autore «la sussidiarietà è destinata ad avere un impatto enorme sulla teoria e sulla pratica dell'amministrazione, in quanto, mettendo radicalmente in discussione il vecchio paradigma bipolare rende possibile la costruzione di un sistema amministrativo fondato su un nuovo paradigma pluralista e paritario anziché su quello bipolare e gerarchico tradizionale».

¹⁴ Per gestire la complessità e ricchezza dei dati che ogni giorno processiamo servono strumenti automatizzati e altamente standardizzati, vale a dire processi industriali per il riutilizzo dei dati. A ben vedere, nemmeno la pubblica amministrazione dispone di una capacità industriale equivalente a quella privata.

¹⁵ In dottrina si veda il *Forum su «La Carta europea dei diritti»*, nel numero 1 del 2001 della rivista *Diritto pubblico comparato ed europeo*, con contributi di U. DE SIERVO, V. ATRIPALDI, G.G. FLORIDIA, A. GIOVANNELLI, M. LUCIANI, S. MANGIAMELI, E. PAGANO, A. RUGGERI, R. TONIATTI; D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl.*

Ad oggi, il processo di integrazione europea ha contribuito in modo significativo a determinare i cambiamenti, sia a livello normativo che giurisprudenziale, nel nostro sistema amministrativo, soprattutto a seguito della adozione della Carta nel 2007 in collegamento con l'art. 6, para. 1, TUE nella versione di Lisbona che attribuisce alla Carta di Nizza «lo stesso valore giuridico dei trattati»¹⁶.

Tuttavia, tale processo, per il principio di buona amministrazione, è ancora in fieri¹⁷ e conduce il legislatore nazionale a un superamento dell'approccio tradizionale del nostro ordinamento, in forza del quale la buona amministrazione è una qualità da assicurare agli uffici che esercitano il potere pubblico e non l'oggetto di una specifica pretesa da parte del cittadino¹⁸. Nondimeno, la stessa funzione amministrativa dovrà esser esercitata in funzione del parametro europeo della buona amministrazione, innovativo rispetto al concetto di buon andamento in cui

comun., 2005, 819 ss.; A. CELOTTO, M. CARTABIA, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in Giur. cost., 2002, 4488s.; R. BIN, *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli 2011, p. 374. La Corte costituzionale, nell'argomentare le proprie decisioni (Corte cost., sent. 24 aprile 2002, n. 135, e sent. 24 ottobre 2002, n. 445) si riferisce *ad adiuvandum* alla Carta, precisando che, pur essendo essa «priva di efficacia giuridica», esprime «principi comuni agli ordinamenti europei».

¹⁶ Successivamente alle modifiche di Lisbona la Carta di Nizza ha assunto un peso sempre maggiore in considerazione della nuova veste giuridica vincolante. In giurisprudenza v. C. Cost. n. 138/2010, n. 28/2010 e n. 80/2011 e n. 175/2011. In dottrina A. RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo*, in www.forumcostituzionale.it, 2011; A. RANDAZZO, *Brevi note a margine della sentenza n. 80/2011 della Corte costituzionale*, in www.consultaonline.it, 2011; M. CERASE, *Brevi riflessioni sull'efficacia orizzontale della Carta di Nizza*, in www.europeanrights.it, 2011; A. GUAZZAROTTI, *I diritti fondamentali dopo Lisbona e la confusione del sistema delle fonti*, in www.rivistaic.it, 3/2011, 6; L. TRUCCO, *L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione nella giurisprudenza costituzionale (2000-2015)*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2016, fasc. I. In particolare, con la sent. n. 80/2011 la Consulta ha evidenziato che in sede di modifica del Trattato si è inteso «evitare nel modo più netto che l'attribuzione alla Carta di Nizza dello stesso valore giuridico dei trattati abbia effetti sul riparto delle competenze fra Stati membri e istituzioni dell'Unione», onde escludere che la Carta, pur dopo l'attribuzione del *legal value*, costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali al di là delle competenze dell'Unione europea.

¹⁷ V. ONIDA, *I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona*, in www.europeanrights.it, 2011.

¹⁸ A. ZITO, *Il «diritto ad una buona amministrazione» nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2002, 425 ss.. L'autore evidenzia che «La decisione di inserire tra i diritti fondamentali riconosciuti e tutelati nell'Unione europea anche i diritti che il privato può vantare nei confronti della pubblica amministrazione e della relativa azione è il segno tangibile del superamento di ogni residua visione autoreferenziale del fenomeno amministrativo». D. U. GALETTA, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*, 2010/3, 601ss. Tra le decisioni di merito che richiamano l'art. 41 della Carta si veda Consiglio Stato sez. V, sent. del 07/02/2006, n. 488 e 489.

prevaleva l'aspetto organizzativo dei pubblici uffici (art. 97 Cost.), anche se già la dottrina aveva cercato di estenderlo all'attività amministrativa¹⁹, ammettendone – almeno in una certa misura – un sindacato da parte del giudice²⁰.

Il tema della valorizzazione del patrimonio informativo pubblico, in quest'ultima prospettiva, deve esser centrato non soltanto sulla c.d. buona amministrazione come *principio* ma soprattutto come *pretesa* nei confronti degli apparati statali.

La ricostruzione del rapporto persona-istituzione in termini di pretese che il primo può vantare nei confronti della seconda, vuol dire riconoscere in modo inequivocabile la centralità della persona nei confronti della pubblica amministrazione «nel senso che è il contenuto delle sue pretese a riverberarsi sulle modalità di svolgimento della funzione amministrativa e non il contrario»²¹. Peraltro, dalla collocazione sistematica del diritto alla buona amministrazione nel capo V della Carta, dedicato alla «cittadinanza», si può rintracciare un ulteriore elemento che favorisce la convergenza tra l'approccio umano-centrico della strategia europea e i fondamenti costituzionali dell'Unione.

È vero che nell'ambito del catalogo dei diritti, previsti dall'art. 41, non si fa menzione dell'amministrazione digitale. Esso contempla diritti di natura diversa: il diritto di essere ascoltato prima dell'adozione di un provvedimento pregiudizievole, di accedere al proprio fascicolo nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale e commerciale, di conoscere i motivi della decisione etc. Tuttavia, non può aversi dubbio che il tema della transizione digitale sia connesso col diritto di ogni persona «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» (art. 41, co. 1). Peraltro, è proprio il preambolo alla Carta di Nizza che, tra i suoi scopi, reca la tutela dei diritti fondamentali a fronte degli sviluppi scientifici e tecnologici, per

¹⁹ In tal senso G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo. Lezioni*, Milano, 2013, 22, ove l'autore sottolinea come l'art. 41, in virtù della sua formulazione, sia diretto a salvaguardare più le posizioni degli amministrati che i poteri delle amministrazioni.

²⁰ A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Cedam, Padova 1979.

²¹ A. ZITO, *Il «diritto ad una buona amministrazione» nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2002, 431.

cui, si legge, «è necessario, rendendoli più visibili in una Carta, rafforzare la tutela dei diritti fondamentali alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici».

La strategia di modernizzazione delle amministrazioni attraverso l'ausilio di strumenti digitali che incoraggino e favoriscano il riuso dell'informazione del settore pubblico si regge sulla convinzione che la condivisione del patrimonio informativo pubblico possa contribuire ad accelerare la trasformazione digitale dell'economia, dell'industria e della società europee²². Ma, l'apertura verso l'esterno di questo asset, con il relativo diritto di riuso anche a fini commerciali, non è più importante del ruolo che il sistema pubblico deve occupare per lo sviluppo della persona, utilizzando in chiave costituzionale le innovative soluzioni che la tecnologia moderna offre.

E così la sfida della transizione digitale conduce gli attori pubblici, tanto il legislatore che l'apparato amministrativo²³, a doversi confrontare con le tecnologie dell'informazione e della comunicazione nella loro dimensione di strumenti certamente innovativi per l'organizzazione e la funzione amministrativa (art. 97 Cost) ma pur sempre da orientare verso la realizzazione dei «compiti giuridici connessi alla realizzazione dei diritti»²⁴ e, in definitiva, alla rimozione degli «ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana»

²² Al considerando 51 del Regolamento (UE) 2021/694, che istituisce il programma Europa digitale (*Digital Europe*), è scritto che «La modernizzazione delle pubbliche amministrazioni europee costituisce una delle priorità fondamentali per un'attuazione efficace del mercato unico digitale», in vista dell'obiettivo generale di sostenere e accelerare la trasformazione digitale dell'economia, dell'industria e della società europee.

²³ A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, 2002, p. 61 ss., ravvisa nel capoverso dell'art. 3 della Costituzione un programma di trasformazione sociale, la cui realizzazione chiama in causa prima di tutto la legge (quale strumento di rilevazione politica degli interessi e delle aspettative sociali, in base ai quali costruire quelle soluzioni normative orientate al modello prefigurato) e, solo in un secondo momento, l'apparato amministrativo nel suo complesso, in quanto determinante nell'erogazione dei servizi pubblici essenziali da cui dipende l'effettività del godimento di quei diritti, della tutela dei bisogni primari della persona e, quindi, di ogni progetto di eguaglianza sostanziale.

²⁴ V. amplius S. MANGIAMELI, *I diritti costituzionali: dallo Stato ai processi di integrazione*, Torino, 2020, p. 68, ove l'Autore evidenzia la stretta connessione tra tutela dei diritti costituzionali e fini pubblici.

(art. 3, co. 2, Cost.)²⁵. D'altronde, con la proclamazione dell'art. 2 Cost. il 'principio personalista' diviene il «punto fermo della regolazione del *nuovo* rapporto individuo-comunità statale» e la persona «diviene titolare di quei diritti fondamentali costituenti il patrimonio irriducibile della dignità umana che la *Repubblica* s'impegna a salvaguardare»²⁶.

Un esempio sul piano pragmatico può contribuire a chiarire l'idea. Nel 2010 il governo portoghese ha introdotto il programma di "tariffa energetica sociale" con l'obiettivo di alleggerire il costo delle bollette energetiche per le famiglie a basso reddito o in condizioni di vulnerabilità. Tuttavia, l'adesione all'iniziativa è rimasta bassa, vuoi per la scarsa conoscenza circa la sua adozione vuoi perché molti consumatori erano scoraggiati dall'onere amministrativo derivante dalla presentazione di una specifica richiesta di riduzione tariffaria.

Per far fronte al basso tasso di utilizzo, nel 2016 è stata sviluppata l'ASET (Automatic Social Energy Tariff), una piattaforma nazionale di interoperabilità che automatizza il processo di applicazione delle tariffe, controllando i dati di diversi enti governativi per identificare i consumatori che hanno diritto alla ASET. In tal modo, il governo verifica in modo proattivo l'ammissibilità al beneficio e attribuisce automaticamente una tariffa sociale per garantire a tutte le famiglie bisognose un sostegno finanziario per i propri servizi energetici.

Dall'esperienza portoghese possiamo trarre alcune prime osservazioni. Un primo dato riguarda la relazione persona-potere pubblico: l'onere procedimentale si è spostato dall'individuo all'amministrazione, la quale si è fatta carico dei bisogni delle famiglie a basso reddito di accedere alla riduzione, realizzando un servizio

²⁵ Parte della dottrina ravvisa nell'art. 3, co. 2, Cost. il fondamento dei diritti sociali. In tal senso, M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, Enc. dir., XII, 1964, secondo cui il diritto sociale è «in senso oggettivo, l'insieme delle norme attraverso cui lo Stato attua la sua funzione equilibratrice e moderatrice delle disparità sociali, allo scopo di assicurare l'eguaglianza delle situazioni, malgrado la differenza delle fortune; in senso soggettivo, il diritto generale di ciascun cittadino a partecipare ai benefici della vita associata, il quale si rinfrange in specifici diritti a determinate prestazioni, dirette o indirette, da parte dei pubblici poteri».

²⁶ S. MANGIAMELLI, *I diritti costituzionali: dallo Stato ai processi di integrazione*, cit., p. 177.

inclusivo, equo e proattivo²⁷. Una semplice automazione, una digitalizzazione 'light', fatta di interoperabilità e condivisione di dati tra diverse pubbliche amministrazioni ha consentito di restituire dignità ai soggetti più bisognosi²⁸, senza che questi fossero onerati di esternare il proprio bisogno attraverso l'attivazione e partecipazione ad un procedimento amministrativo²⁹.

Un secondo aspetto che può esser messo in risalto è che le informazioni inerenti ai bisogni delle persone sono presenti nei dati pubblici e la loro veicolazione, ai fini della rispettiva soddisfazione, non necessita di istanze, moti o impulsi di parte, né di complesse procedure amministrative dacché le nuove tecnologie rendono immediata la conoscibilità del patrimonio informativo pubblico.

In questa esperienza possiamo trovare conferma di quell'approccio che vede nella transizione digitale la sfida posta alla pubblica amministrazione per assicurare la centralità della persona e la garanzia dei diritti fondamentali rimuovendo gli ostacoli al «pieno sviluppo della persona umana».

5. Conclusioni.

Indubbiamente il patrimonio informativo pubblico è un asset, per alcuni una vera e propria «commodity»³⁰, e la moderna politica, europea e nazionale, vi riconosce valore di «materia prima» secondo la logica del bene-dato: un bene per sua natura immateriale, come tanti altri riconosciuti dall'ordinamento (il diritto patrimoniale d'autore, i segni distintivi dell'azienda, ecc.), il cui valore non è rappresentato dal

²⁷ Secondo le valutazioni fornite, l'automazione della tariffa energetica sociale ha visto un miglioramento del numero di beneficiari dal 4% a circa il 20% di tutte le famiglie in Portogallo.

²⁸ Nel Piano Triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione 2017-2019, predisposto dall'AgID, si legge che «il nuovo Modello di Interoperabilità rende possibile la collaborazione tra Pubbliche amministrazioni e tra queste e soggetti terzi, per mezzo di soluzioni tecnologiche che assicurano l'interazione e lo scambio di informazioni senza vincoli sulle implementazioni, evitando integrazioni ad hoc». Tuttavia, il sistema di interoperabilità previsto dai più recenti Piani Triennali per l'informatica nella Pubblica Amministrazione (27) è per la gran parte rimasto inattuato, così V. FALCO, *La Piattaforma Digitale Nazionale Dati e la conferenza di servizi*, in *Giornale di diritto amministrativo* 1/2023, 14

²⁹ Nel 2020 la piattaforma dell'ASET è stata insignita dell'UN Public Service Awards ([ONU awards](#)).

³⁰ DI DONATO F., *Lo stato trasparente. Linked open data e cittadinanza attiva*, Pisa, 2010, p. 42.

suo contenuto o dalla sua dimensione (unità digitale: byte) bensì dall'attitudine ad esser analizzato, scambiato e combinato per estrarne informazioni rilevanti. Detto altrimenti, il valore dei dati è prossimo allo zero senza programmi in grado di analizzarli per estrarre le informazioni che servono.

Sotto tale aspetto, il passaggio verso una dimensione di utilizzo individuale e personale dei dati, e del relativo riuso anche a fini commerciali, è stato inevitabile. Il campo di intervento in cui è stato maggiormente disegnato il ruolo della pubblica amministrazione è quello della disponibilità del dato. Ad essa si è riconosciuto un ruolo di grande *player* per la generazione, acquisizione e distribuzione di dati, introducendo una disciplina strutturata in materia di disponibilità del dato, inclusi gli aspetti legati al formato, l'interoperabilità, il cloud della PA³¹ e le regole di sfruttamento³².

Questo approccio ha soddisfatto una visione del principio di buon andamento centrata sull'organizzazione della pubblica amministrazione, complice il valore immanente della trasparenza e l'accessibilità alle informazioni pubbliche come *right to know*. Tuttavia, la sfida della valorizzazione del patrimonio informativo pubblico³³ si colloca su un orizzonte più ampio, ove la pubblica amministrazione può davvero giocare un ruolo di grande *player*, coerentemente alla complessità del

³¹ Nel quadro del piano Next Generation EU, l'UE metterà a punto un cloud europeo (basato su [Gaia-X](#)), un ecosistema digitale aperto, trasparente e sicuro, che crea un contesto di fiducia nel quale dati e servizi possano circolare liberamente ed essere raccolti e condivisi.

³² Il PNRR destina investimenti sostanziosi verso la digitalizzazione della PA, consapevole che l'attuale livello di implementazione delle soluzioni tecnologiche raggiunto dalla pubblica amministrazione sia insufficiente, in considerazione della rilevanza dell'obiettivo quale volano per il progresso economico e sociale, del paese e dell'Unione europea. Tra le varie misure contemplate dal piano vi sono gli investimenti per le infrastrutture digitali e per la digitalizzazione delle grandi amministrazioni centrali, la migrazione al cloud, l'interoperabilità e il potenziamento dello scambio dei dati tra le pubbliche amministrazioni, l'implementazione dei servizi digitali, nonché lo sviluppo della cittadinanza digitale.

³³ La valorizzazione del patrimonio informativo dell'amministrazione è stata innalzata a principio generale dell'azione amministrativa, principio che il Consiglio di Stato nel parere al d.lgs. n. 217 del 2017, ultimo correttivo del CAD, ha ricollegato a quello di buon andamento previsto dall'art. 97 Cost. (Cons. Stato, Comm. Spec., 10 ottobre 2017, n. 2122, p. 5.6), enfatizzando la scelta di "promuovere un processo di autentica valorizzazione del patrimonio informativo pubblico riconducendo tale obiettivo tra le finalità istituzionali di ogni amministrazione e disegnando un contesto normativo che, nel rispetto della disciplina in materia di privacy e tutela dei dati personali, garantisca un utilizzo più efficace dei dati pubblici attraverso moderne soluzioni di *data analysis*".

fenomeno. Non soltanto, quindi, accessibilità totale - e dall'esterno - per via della de-funzionalizzazione dell'accesso e delle moderne soluzioni di *data analysis*, e non solo per sostenere la *data economy*.

Molti concordano che le tecnologie digitali portino ad una considerevole espansione dei confini della cognizione umana, determinando la liberazione della persona dai propri limiti cognitivi³⁴. Se ciò è vero, anche la "cognizione" delle istituzioni ne risulta enormemente ampliata, per cui nel rapporto tra amministrazione e amministrati assistiamo alla creazione di una dimensione nuova, una dimensione in cui si genera nuova conoscenza accanto a soluzioni senz'altro innovative per una efficiente soddisfazione dei bisogni delle persone.

Una dimensione in cui il principio di buon andamento (art. 97 Cost.) risulta essere sempre più una pretesa nei confronti dello Stato, così come il parametro europeo del "Diritto ad una buona amministrazione" (art 41 CDUE) lo è nei confronti dell'Unione. Dunque, il costante irrompere delle tecnologie digitali tende a confinare il potere nella sua esatta dimensione, quella del servizio al cittadino³⁵, generando nuova linfa per il sistema di protezione dei diritti fondamentali che, grazie all'opera di interpretazione di dottrina e giurisprudenza, potrà assicurare quella garanzia paradigmatica della *pretesa* al buon andamento.

³⁴ Cfr. A. SIMONCINI, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in R. CAVALLO PERIN – D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020, 3.

³⁵ Tra gli altri, A. PUBUSA, *Diritti dei cittadini e pubblica amministrazione*, Torino, 1996, 66, «L'amministrazione pubblica è ... un soggetto particolare, giacché la sua organizzazione e la sua attività non sono autoreferenti, ma sono funzionali ad altri soggetti: ai cittadini... È, dunque, «nella fedeltà ai bisogni sociali» e nella partecipazione che si rinviene una delle basi di legittimazione dell'amministrazione, colmandosi in questo modo quel *deficit* di democraticità conseguente all'allentarsi nei confronti di essa degli influssi del *continuum* democratico, che trova il proprio fondamento nel corpo elettorale e si trasfonde nell'amministrazione per il tramite della legge e degli altri atti d'indirizzo politico promananti dal parlamento»; G. PASTORI, *L'amministrazione da potere a servizio*, in *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, a cura di M.R. SPASIANO, Napoli, 2012, 48, 56, in cui l'Autore sostiene la visione costituzionale paritaria dei rapporti amministrazione e cittadini.

Obblighi vaccinali, conseguenze del mancato assolvimento e Costituzione. Una lettura critica delle sentenze della Corte costituzionale n. 14 e 15 del 2023*

di

Ginevra Cerrina Feroni**

Sommario: 1. Premessa. - 2. Obbligo vaccinale “gentile” e sanzioni sociali. - 3. Obbligo vaccinale espresso e sanzioni. - 4. Lo statuto costituzionale degli obblighi vaccinali *ante* 2023. - 5. L’apertura a vaccini con effetti pregiudizievoli “intollerabili”. - 6. Le sanzioni per i sanitari e docenti e i dubbi di costituzionalità. - 7. Le “sanzioni” in ambito lavorativo. 7.1. Adibizione del non vaccinato ad altre mansioni (*repêchage*). - 7.2. Sospensione dal lavoro senza assegno alimentare. - 7.3. Sull’incostituzionalità delle “sanzioni” lavoristiche. - 8. La sanzione amministrativa di € 100 e le sue anomalie procedurali. - 9. Conclusioni.

1. Premessa

Ci hanno insegnato fin da bambini che ci sono argomenti che è meglio evitare quando si è invitati ad un pranzo o in un salotto e sono la politica, i soldi e la religione. Oggi dovremmo aggiungerci il tema dei vaccini, perché con questo argomento l’invito potrebbe rischiare di concludersi malamente, con rottura di amicizie consolidate e rapporti di lungo corso.

Da sempre i vaccini sono divisivi non solo in quanto incidono sull’individuo e sulla sua integrità fisica, che è quanto di più “proprio” si possa immaginare, ma anche perché toccano “codici” interiori profondi che hanno a che fare con la nostra identità, valori, credenze, stili comportamentali.

La loro imposizione, diretta o indiretta, e più in generale l’intera gestione della pandemia hanno determinato implicazioni complesse di specifica valenza

costituzionale¹, evocando una tensione tra singolo e collettività di forte pregnanza etica e politica, prima ancora che giuridica, tanto da essere stata oggetto di una ricca riflessione dottrinale e di una articolata elaborazione giurisprudenziale da parte della Corte costituzionale.

La materia finisce per avere implicazione così rilevanti da intercettare lo stesso concetto di forma di Stato, nel senso del rapporto tra autorità e cittadino, e della relazione tra obblighi di solidarietà e tutela dei diritti della persona. La forte valenza personalistica della nostra Costituzione, radicata nell'art. 2 Cost., e ulteriormente rafforzata dall'art. 32 Cost.² con il richiamo al "rispetto della persona umana", costituisce la cartina di tornasole del vaglio di costituzionalità delle leggi che impongono obblighi vaccinali e ha trovato declinazione nella giurisprudenza costituzionale maturata negli anni passati.

*Il presente scritto rappresenta la rielaborazione della relazione tenuta il giorno 13 marzo 2023 alla Università Statale di Milano ed è destinato al volume dal titolo "Gli obblighi di vaccinazione davanti alla Corte Costituzionale" a cura di B. Liberali e C. Padula, Napoli, ESI, 2023.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale italiano e comparato, Università di Firenze.

¹ B. Brancati, A. Lo Calzo-R. Romboli (a cura di), *Coronavirus e Costituzione*, Pisa, 2021; A. D'Aloia, *L'emergenza e...i suoi "infortuni"*, su questa Rivista, marzo 2020; F. S. Marini-G. Scaccia (a cura di), *Emergenza covid-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, 2020; R. Romboli, *L'incidenza della pandemia da coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Consulta Online*, 2020, III; V. Azzollini, A. Morelli, *Romanzo emergenziale. Notazioni sulla disciplina in materia di Covid*, in *Consulta Online*, 2021; A. Algostino, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2021; F. Rigano, M. Terzi, "Certificazioni verdi COVID-19" e obbligo vaccinale: appunti di legittimità costituzionale, in *rivistaaic.it*, 5, 2021; I. A. Nicotra, *Pandemia costituzionale*, Napoli, 2021; G. Grasso, *Green pass e tutela della salute pubblica: dall'ordinamento europolitano al diritto costituzionale nazionale*, in *Corti supreme e salute*, 2022; A. Ciaralli, *Protagonismo governativo ed alterazione del sistema delle fonti: nuovi equilibri in tempo d'emergenza?*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2022; E.C. Raffiotta, *I poteri emergenziali del governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Rivista AIC*, 2021; M. Belletti, *Il "governo" dell'emergenza sanitaria. Quali effetti sulla Costituzione economica e sul processo "federativo" europeo*, in *Diritto pubblico europeo. Rassegna online*, 2021; L. Mezzetti, *Le deboli difese costituzionali della Costituzione*, in *Giur. it.*, 2022, 2259.

² R. Ferrara, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2007; M. Cocconi, *Il diritto alla tutela della salute*, Padova, 1998; M. Luciani, voce "Salute (ad vocem)", in *Enc. Giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, 4; B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. e Società*, 1983; C. Mortati, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. Infort. e Mal. Profess.*, 1961; L. Longhi, *I trattamenti sanitari obbligatori costituzionalmente orientati tra proporzionalità e solidarietà*, in *Rassegna di Diritto Pubblico Europeo*, 2021.

La lettura congiunta di questi due principi da parte della dottrina³ è venuta meno a seguito della pandemia, si sono esacerbate le posizioni portando a conclusioni addirittura antitetiche sull'obbligo vaccinale: in alcuni casi tali principi sono stati utilizzati per legittimare *tout court* gli obblighi dei trattamenti vaccinali (la persona *uti socius*, nella sua dimensione comunitaria)⁴, altre volte per esaltare l'aspetto individuale (la persona *uti singulus* nella sua integrità psicofisica)⁵. Si tratta di punti di equilibri che riguardano i presupposti ma che hanno influenzato anche i risultati.

Ecco che il tema delle "conseguenze" del mancato assolvimento dell'obbligo vaccinale, pur strettamente connesso al tema primario della legittimità costituzionale dell'obbligo vaccinale in sé, assume una sua autonomia e specifica rilevanza giuridica e sociale⁶. Interesse che si accresce allorché si allarghi lo sguardo e si consideri che, nello svolgersi dei tragici anni della pandemia da Covid-19, tanto la concreta declinazione dell'*obbligo* quanto quella delle *conseguenze* della mancata ottemperanza allo stesso hanno assunto conformazioni decisamente atipiche.

³ G. Scaccia, *Commento all'art. 32*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G.E. Vigevani (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Bologna, Il Mulino, 2021, 214 ss.

⁴ Così Q. Camerlengo, L. Rampa, *Solidarietà, doveri e obblighi nelle politiche vaccinali anti-Covid19*, in *Rivista AIC*, n. 3,3021, 199-219, spec. 207.

⁵ Così M.C. Specchia, Audizione presso la Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica, 7 dicembre 2021, nel procedimento A.S. 2463 (conversione del decreto-legge 172/2021 – obblighi vaccinali e rafforzamento delle certificazioni verdi Covid-19), in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, fasc. 1/2022, 75 ss.

⁶ Un'operazione quella della vaccinazione forzata anche "strategicamente" problematica, se è vero che, anche ben prima dell'esplosione della pandemia da Covid-19, si era segnalato come «alla introduzione per via legislativa di obblighi vaccinali derivasse in maniera sistematica una reazione sociale, fondata su motivazioni che possono essere variamente qualificate (religiose, ideologiche in senso ampio, personali, connesse a motivi di natura economica o di fondatezza scientifica), che tende ad acuirsi quando all'obbligo si accompagnino sanzioni o oneri accessori, quali ad esempio la richiesta della certificazione dell'avvenuta vaccinazione quale requisito per l'esercizio del diritto all'istruzione» (S. Penasa, *Obblighi vaccinali: un itinerario nella giurisprudenza costituzionale comparata*, in *Quad. cost.*, 2018, I, 47 ss.).

In una prima fase si sono infatti materializzati obblighi vaccinali “gentili” (nel senso elaborato da R. Thaler e C. Sunstein⁷) per spingere i cittadini verso la scelta giusta, cioè ad essere “buoni cittadini”.

Il riferimento, come vedremo, è al *Green pass* e connesse sanzioni ancorché non qualificate come tali; obblighi e sanzioni *ante litteram*, peraltro pregiudizievoli per i singoli non meno delle sanzioni vere e proprie successivamente introdotte. Sono poi arrivati gli obblighi vaccinali formali, per numerose categorie di destinatari, il cui mancato assolvimento ha portato a pesanti conseguenze per gli interessati, le quali, prescindendo dalla qualificazione in termini sanzionatori, hanno inciso addirittura sullo svolgimento dell’attività lavorativa.

Da qui l’interesse per una riflessione che vada oltre le forme giuridiche e che guardi agli istituti nella loro sostanza operativa e nel loro impatto sulla vita delle persone. Questo contributo vuole anche dimostrare che la dimensione sanzionatoria si è allargata ben oltre il perimetro del concetto giuridico dell’istituto (“sanzione”) e le conseguenze pregiudizievoli della condotta di chi si è sottratto all’obbligo vaccinale (espreso o latente) hanno occupato uno spettro ben più ampio delle sanzioni in senso tecnico giuridico. Tale profilo sostanziale, ma connesso ad una precisa lettura costituzionale e al necessario «rispetto della persona umana» (di cui al già richiamato art. 32, secondo comma, Cost.), non è stato debitamente valorizzato (come altri) dalla Corte costituzionale che, nella sentenza n. 15/2023, si è spesa sul profilo formale della qualificazione come sanzioni delle conseguenze per i non vaccinati in ambito sanitario (cfr. *infra*). Appare così necessario riflettere sulle conseguenze giuridiche del mancato assolvimento agli obblighi vaccinali (espresi o indiretti) i quali, tanto nella dimensione *gentile* quanto in quella *perentoria* (e formale), risultano essere stati imposti forzando l’equilibrio costituzionale che la Corte in passato aveva elaborato in ambito di trattamenti sanitari obbligatori.

⁷ R. Thaler, C. Sunstein, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Bologna, 2014.

Il tema è suggestivo e ci deve interrogare, specie noi cultori del diritto costituzionale, su come in concreto decliniamo, alla prova di uno “stress test” oggettivamente di massima intensità come è stata la pandemia, la tenuta di diritti e libertà, patrimonio del costituzionalismo e sul cui *Wesensgehalt* per definizione “non negoziabile” sono state costruite intere biblioteche, centinaia di convegni, brillanti carriere accademiche.

Eppure, nei mesi dell'emergenza sembra essere generalmente mancato, quantomeno nel dibattito pubblico degli addetti ai lavori, un vero e pluralistico confronto scientifico sulle misure sanitarie e non per contrastare la pandemia, ad esempio sulle cure domiciliari (mancate) e, naturalmente, sui vaccini (la loro efficacia, le loro controindicazioni ecc.).

Ed abbiamo assistito al consolidarsi – almeno in alcuni contesti – di una tendenza a intendere la scienza in modo dogmatico e la medicina quale strumento della politica, o politica essa stessa⁸.

Un vero e proprio ossimoro perché il metodo scientifico non si concilia con il dogmatismo, ma per definizione si nutre di dubbio ed ha bisogno del pluralismo delle opinioni che diventano, di volta in volta, ipotesi da studiare e da convalidare. Si pensi, tra le altre cose, alle restrizioni alla libertà di circolazione sostenute dal Comitato di esperti di nomina governativa, che spesso hanno superato la ragionevolezza del caso e del tempo in cui sono state decise e mantenute, soprattutto se comparate con quelle adottate in altri Paesi con tassi di contagi in numeri relativi uguali o superiori al nostro⁹.

⁸ Lo spiega bene A. Mangia, *Il Covid e quello strano gioco di specchi tra “scienza” e politica*, in *Il sussidiario*, 8 febbraio 2022 a proposito del libro di S. Atlas, *A Plague upon our House. My fight at the Trump White House to stop Covid from destroying America*, , New York, 2021, sulla gestione del Covid negli Stati Uniti e sul rapporto tra scienza e politica. «La scienza che ci viene venduta come tale non è altro se non una “opinione scientifica” da chiamare in causa per giustificare una linea, esattamente come fa un consulente di parte in un processo. Che è certo portatore di un sapere, ma non di verità incontrovertibili (...) i Governi in carica sono sempre e solo espressione di una parte politica (...) i suoi consulenti non sono altro se non – nel migliore dei casi – consulenti di parte, scelti dalla politica, che per questo *fanno* politica. Solo che la fanno in un altro modo».

⁹ V. Baldini, *Emergenza sanitaria e stato di diritto: una comparazione Italia-Germania*, su questa Rivista, 2/2020.

Il tema è enorme e dibattuto, eppure ancora oggi sulla profilassi vaccinale l'approccio rispetto a tesi considerate "eterodosse" resta perlopiù critico o circondato da molti "non detti"¹⁰.

A ciò si aggiunga l'impostazione - che ha fatto da pietra angolare di tutta la campagna vaccinale, poi ampiamente smentita nei fatti - secondo cui tra vaccinati ci si sarebbe trovati in un ambiente "sicuro" e che il vaccino sarebbe stato patente di "immunità" rispetto alla possibilità di prendere il virus e garanzia di non trasmetterlo¹¹. Una premessa che ha connotato la massiccia e mirata azione di comunicazione pubblica di stampo emotivo¹² e dal forte carattere "etico-morale"¹³.

Arduo ricucire adesso il tessuto di una società lacerata nel profondo. Ci vorrà del tempo per ritrovare un senso di comunità, dopo la frattura vissuta; difficile immaginare quanto, ma non sarà poco.

¹⁰ Il problema è di metodo ancor prima che di merito: preoccupante che alcune posizioni scientifiche, anche assai autorevoli, siano state escluse dal dibattito. Eppure ormai da tempo si avanza apertamente la tesi di una sottostima degli effetti collaterali da vaccino e della tendenza a non mettere in correlazione l'insorgenza di patologie sanitarie gravi (miocarditi, pericarditi, disturbi del sangue, disturbi neurologici, malattie autoimmuni, tumori ecc.), a seguito della sua somministrazione. Si veda, ad esempio, Commissione Medico-Scientifica Indipendente (CMSi) in <https://cmsindipendente.it>. Vi è poi la questione delle morti da malore improvviso, anche di giovani e di giovanissimi, di cui ci raccontano le gazzette locali ogni giorno e sulla cui necessità di fare chiarezza, rispetto ad eventuali correlazioni con le dosi assunte, non dovrebbero sussistere incertezze. Sull'approccio di chiusura verso opinioni dissenzienti, v. G. Gemma, *La vaccinazione obbligatoria è utile ed è costituzionalmente legittima*, in *Rivista AIC*, n. 4/2021, 329-358, per il quale vi sarebbe una «carente reazione all'offensiva dei no-vax». Su un approccio persino repressivo L. Moroni, *L'obbligo di vaccinazione contro il Covid-19 tra legittimità e notizie false*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, fasc. 3/2023 che parla di non precisate «verità ordinamentali» in riferimento sia alla legittimità del vaccino che della sua inoffensività per la salute umana, concludendo addirittura per la limitazione della libertà di espressione di chi sostenga il contrario.

¹¹ Per l'impatto che ha avuto, non si può non ricordare, su tutte, la dichiarazione del Presidente del Consiglio Mario Draghi nella conferenza stampa del 22 luglio 2021.

¹² Da segnalare le varie iniziative di *open day* vaccinali per gli *over 12* (poi diventati *over 5*). A mero titolo esemplificativo *"Vaccino sotto le stelle e aperitivo": premi e iniziative bizzarre per inseguire gli indecisi*, in *Secolo d'Italia*, 12 agosto 2021, *"Vaccini sotto le stelle": 450 inoculazioni in una sola notte*, in *La nuova Sardegna*, 23 agosto 2021, *Vaccino al Valentino: dopo l'ago arriva il gelato*, *La Stampa*, 14 agosto 2021, *Monte San Savino: panino con la porchetta gratis se ti vaccini*, in *Corriere di Arezzo*, 10 settembre 2021.

¹³ Emblematica la campagna governativa *"Io mi vaccino perché"* e il richiamo alla dimensione solidaristica nei confronti della comunità *"Mi vaccino per tutelare gli altri"*. Si è parlato anche di *"Vaccino come atto di amore"*.

Alla base di tutto questo – ed è qui l’oggetto del presente lavoro – l’analisi degli obblighi giuridici in ambiti che fino ad allora erano stati considerati intangibili e le possibili criticità e rischi che possono derivare dalla legittimazione che la Corte ha dato ad alcune misure.

2. Obbligo vaccinale “gentile” e sanzioni sociali

Gli obblighi vaccinali non arrivano subito. Il legislatore li ha fatto precedere da una normativa, quella propria della “Certificazione verde Covid-19”, che apparentemente perseguiva la via di una “spinta gentile” verso la vaccinazione¹⁴, ma che ha ben presto rivelato, invece, il “pungiglione” che era in essa celato¹⁵, poiché ha reso poco più di un sofisma la distinzione tra *Green pass* e obbligo vaccinale.

Il *Green pass* è nato in ambito europeo, con il Regolamento (UE) 2021/953, con funzione di armonizzazione e di garanzia della libera circolazione, in coerenza con i valori fondanti l’Unione; l’attestazione in esso contenuta circa l’avvenuta vaccinazione contro il Covid-19, il risultato negativo a un test molecolare o antigenico rapido o la guarigione dal *virus* aveva in tal guisa la funzione di impedire agli Stati membri di imporre una quarantena obbligatoria o un test anti-Covid a coloro che fossero in possesso della suddetta certificazione. Secondo alcune voci, nell’ottica europea, la *ratio* istitutiva del *Green pass* avrebbe mirato ad impedire agli Stati membri «di porre in essere restrizioni al diritto di circolazione in maniera incoerente e frammentaria» e dunque sarebbe stata quella di proteggere e non di limitare le libertà del singolo¹⁶.

In effetti l’esatta portata dell’intervento europeo non potrebbe essere compresa appieno se si leggesse il testo in modo incompleto espungendo, ad esempio, il suo

¹⁴ G. Pascuzzi, *La spinta gentile verso le vaccinazioni*, in *Merc. reg. conc.*, 2018, 1, 89-110.

¹⁵ A. Mangia, *Obbligo vaccinale e green pass*, intervista rilasciata a www.ilsussidiario.net

¹⁶ G. D’Alessandro, *In tema di misure per il ripristino dell’esercizio del diritto di libera circolazione nell’UE durante la pandemia di COVID-19. Appunti per l’audizione innanzi la I Commissione (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica sulle proposte di regolamento UE sul c.d. “certificato verde digitale” – 8 aprile 2021*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 3, 2021, 38 ss. Ma anche F. Carinici, *Green Pass e non obbligo: ecco i giochi di parole per aggirare i paletti della Costituzione*, in www.atlanticoquotidiano.it, 20 settembre 2021 (“il distinguo tra *green pass* e obbligo di vaccinazione è un autentico sofisma, perché non si vede proprio in che si differenziano, quando il *green pass* diviene una condizione per poter percepire una retribuzione”).

Considerando 36 ove si afferma la necessità di «evitare la discriminazione diretta o indiretta di persone che non sono vaccinate, con ciò significando che il possesso di certificazione vaccinale «non dovrebbe costituire una condizione preliminare per l'esercizio del diritto di libera circolazione o per l'utilizzo di servizi di trasporto passeggeri transfrontalieri quali linee aeree, treni, pullman, traghetti o qualsiasi altro mezzo di trasporto», poiché si afferma in maniera netta che «il presente regolamento non può essere interpretato nel senso che istituisce un diritto o un obbligo a essere vaccinati». Certo, si tratta di un Considerando e, dunque, di una disposizione priva di forza precettiva diretta, e inoltre vengono fatti salvi gli usi domestici; tuttavia proprio da tale Considerando si evince uno degli scopi del Regolamento, quest'ultimo orientato tanto a legittimare quanto a limitare e regolare le possibili restrizioni della libertà di circolazione negli e tra Stati membri¹⁷. Non è un caso che molti giudici di altri Paesi europei che si sono trovati a confrontarsi con l'adozione del *Green pass* all'interno dei propri ordinamenti hanno adottato generalmente un approccio critico, arrivando in alcuni casi a dichiarare la parziale incostituzionalità della misura¹⁸. In Italia, invece, la prassi della

¹⁷ Come chiarito dal Commissario Didier Reynders a nome della Commissione europea, in risposta ad un'interrogazione parlamentare: "Per evitare discriminazioni tra le persone vaccinate e quelle non vaccinate, il regolamento istituisce un quadro a livello dell'UE per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificati relativi non solo alla vaccinazione, ma anche ai test e alla guarigione dalla COVID-19. Il regolamento stabilisce inoltre chiaramente che la vaccinazione non è una condizione preliminare per l'esercizio del diritto di libera circolazione" (Cfr. Parlamento europeo, interrogazione P-003549/2021 ASW). L'art. 11 del Regolamento UE prevedeva, inoltre, che gli Stati possano imporre restrizioni ulteriori alla libertà di circolazione "per motivi di salute pubblica". Tali eventuali restrizioni devono essere motivate e comunicate agli altri Stati membri e alla Commissione. In merito, viene in rilievo il considerando 6: «In conformità del diritto dell'Unione, gli Stati membri possono limitare il diritto fondamentale alla libera circolazione per motivi di sanità pubblica. Tutte le restrizioni alla libera circolazione delle persone all'interno dell'Unione attuate per limitare la diffusione del SARS-CoV-2 dovrebbero basarsi su motivi specifici e limitati di interesse pubblico, vale a dire la tutela della salute pubblica, come sottolineato nella raccomandazione (UE) 2020/1475. È necessario che tali limitazioni siano applicate conformemente ai principi generali del diritto dell'Unione, segnatamente la proporzionalità e la non discriminazione. Tutte le misure adottate dovrebbero pertanto essere strettamente limitate nella portata e nel tempo, in linea con gli sforzi volti a ripristinare la libera circolazione all'interno dell'Unione, e non dovrebbero andare al di là di quanto strettamente necessario per tutelare la salute pubblica».

¹⁸ Cfr. P. Costanzo, *La giustizia costituzionale francese può percorrere quella italiana in tema di obbligo vaccinale?*, Editoriale di ConsultaOnline, 6 agosto 2021, ma anche G. D'Amico, *Passe sanitarie e condizioni per l'esercizio della libertà di circolazione. A proposito della decisione del Conseil*

regolazione interna ha parzialmente stravolto l'architettura del considerando 36, muovendosi su linee antitetiche rispetto al contenuto dell'atto europeo, alterandone la *ratio* originaria ispirata dai principi di proporzionalità e di non discriminazione.

Ed infatti, nel suo recepimento interno¹⁹, ad iniziare dal decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52 (convertito in legge 17 giugno 2021, n. 87), e con un significativo crescendo con gli interventi normativi successivi, la certificazione verde ha ben presto assunto chiari contenuti normativo-prescrittivi, venendo considerata dalla disciplina interna quale presupposto indispensabile per accedere a luoghi aperti al pubblico, per beneficiare di servizi o per potere svolgere attività, fino a condizionare la prestazione della stessa attività lavorativa e professionale. Tant'è che non è mancato chi, in dottrina, ha evocato la prospettiva di disapplicare il decreto-covid per contrasto con la disciplina europea²⁰.

Così il *Green pass*, nella sua dimensione prescrittiva e cogente, è venuto a costituire una spinta tutt'altro che "gentile" verso la vaccinazione che, ancorché non

constitutionnel n. 2021-824 dc del 5 agosto 2021, in C. Ingratoci, A. Madera, F. Pellegrino (a cura di), *I diritti fondamentali al tempo della pandemia da Covid-19*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, 53 ss.; A. M. Russo, *Allarme o eccezione? Il TC spagnolo accoglie parzialmente l'incostituzionalità delle prime misure anti-pandemiche del governo Sanchez*, in *Diritti comparati*, 27 luglio 2021; A. Gatti, *Per un'emergenza "ragionevole": l'opera mitigante della giurisprudenza tedesca sulle decisioni degli esecutivi*, in *Percorsi Costituzionali*, n. 2/2021, 257-286. In tutti queste esperienze emerge come le Corti abbiano svolto una funzione di controllo e "mitigazione" delle disposizioni emergenziali adottate in massima parte dagli esecutivi e abbiano cercato un compromesso che partisse dal riconoscimento dell'importanza dei diritti fondamentali di libertà. Una prospettiva, questa, che pur non avendo inficiato la legittimità costituzionale in sé del certificato, ne ha regolato il regime generale, cioè il quando e in che misura potesse essere reso obbligatorio per lo svolgimento di talune attività lavorative.

¹⁹ F. Rigano, M. Terzi, *"Certificazioni verdi COVID-19" e obbligo vaccinale: appunti di legittimità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 5, 2021; G. Grasso, *Green pass e tutela della salute pubblica: dall'ordinamento eurounitario al diritto costituzionale nazionale*, in *Corti supreme e salute*, 2022; M. Tiraboschi, *Green Pass e rapporti di lavoro: cosa succede per i lavoratori in somministrazione?*, in *Bollettino Adapt*, 2021, n. 34; U. Gargiulo, *Considerazioni "pragmatiche" su green pass e obblighi del lavoratore*, in *Rivista di Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2021; V. De Luca, D. Scarano, *Emergenza Covid-19 e obbligo di green pass per accedere ai luoghi di lavoro*, in *Guida Lav.*, 2021, n. 33-34, 33 e segg.; G. Benincasa-G. Pigliararmi, *Green Pass e rapporti di lavoro "Working Paper SALUS"*, in *www.salus.adapt.it*, 2021, 7; A. Tarzia, *Green Pass, tra regole incerte, dubbi applicativi e scarsi controlli*, in *Bollettino Adapt*, 2021, n. 34, 2; M. Peruzzi, *Covid-19 e sicurezza sul lavoro, tra obbligo vaccinale e green pass, ivi*, 2021, n. 2, II, 25 ss.; C. Lazzari, *Obbligo vaccinale, Green pass e rapporto di lavoro, ivi*, 2021, n. 2, I, 4 ss.

²⁰ Osservatorio per la legalità costituzionale, *Sul dovere costituzionale e comunitario di disapplicazione del c.d. decreto Green pass*, in www.questionegiustizia.it

obbligatoria in senso formale, lo è divenuta in termini sostanziali e operativi, se si ha riguardo alle manifestazioni ordinarie della vita sociale, precludendo all'interessato l'esercizio di molti diritti o il godimento di molte libertà. Se parte della dottrina ha ritenuto che l'introduzione di meccanismi di vaccinazione obbligatoria generale fossero costituzionalmente ammissibili²¹, altre voci non hanno mancato di avanzare la tesi che la certificazione fosse costituzionalmente assai problematica poiché introduceva surrettiziamente la necessità di sottoporsi a vaccinazione, anche laddove nella fase iniziale residuava l'alternativa di sottoporsi a ripetuti test molecolari o antigenici rapidi, per esercitare i sopra richiamati diritti e libertà²². Tale alternativa non era immune da profili critici e difficoltà, poiché, come è facile intuire, palesava possibili profili discriminatori riguardo alla capacità economica correlata al sostenere la spesa per un tampone ogni quarantott'ore.

L'opzione interpretativa di un obbligo vaccinale surrettizio è divenuta, a parere di chi scrive, manifesta con l'istituzione del c.d. "super-Green pass", ad opera del decreto-legge 26 novembre, n. 172 (convertito in legge 22 gennaio 2022, n. 3), quando lo svolgimento di certe attività o la fruizione di determinati servizi è stata correlata al previo possesso di una certificazione verde ottenuta in forza dell'eseguita vaccinazione o della conseguita guarigione dal virus, divenendo non più sufficiente la certificazione rilasciata in esito alla sottoposizione a tampone e così ponendosi le basi di quella discriminazione che il considerando 36 del Regolamento UE intendeva evitare.

È stato stigmatizzato che almeno «per le attività lavorative, la spinta non sembra particolarmente gentile, a causa delle sanzioni che sono collegate alla carenza di *Green pass*, di fatto incisive sull'esercizio del diritto al lavoro»²³. Non può non

²¹ G. Gemma, *La vaccinazione obbligatoria è utile ed è costituzionalmente legittima*, cit. 338. Ma anche A. Ruggeri, *Perché la Costituzione impone, nella presente congiuntura, di introdurre l'obbligo della vaccinazione a tappeto contro il Covid-19*, in *Giustizia Insieme*, 15 settembre 2021.

²² C. Bertolino, *"Certificato verde Covid-19" tra libertà ed eguaglianza*, in www.federalismi.it, 16 giugno 2021. V. Anche Audizione presso la Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica di Marina Calamo Specchia, 6 ottobre 2021, testo in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, fasc. 2/2021, 107 ss.

²³ A. Sandulli, *Sulla legittimità dell'obbligo di green pass per il personale scolastico* in *Giornale dir. amm.*, 2021, 6, 795 ss.

leggersi tutto questo come l'introduzione di un obbligo vaccinale indiretto e con previsione di conseguenze devastanti sulle relazioni, sull'attività, sulla vita delle persone. Ci si è posti infatti il quesito se - in termini di diritto oggettivo - il ventaglio di limitazioni, progressivamente più stringenti, della libertà di circolazione, di lavoro, ecc. per i soggetti non muniti di Carta verde, poste dal *climax* di decreti-legge poi convertiti, non abbiano rappresentato esse stesse una sanzione²⁴.

L'applicazione degli strumenti tecnici visti ha determinato, in via riflessa, una sospensione di diritti e libertà fondamentali quale mai era mai stata praticata in oltre settant'anni di storia costituzionale. Senza il *Green pass* rafforzato non si è più potuto salire su un treno o su un autobus, pernottare in albergo, entrare in un ristorante; ma soprattutto si è precluso il lavoro a moltissimi lavoratori, impedendo persino lo *smart working*, e privando il lavoratore dello stipendio, anche se unico mezzo di sostentamento, e senza neppure il riconoscimento di un assegno alimentare (vedi, *infra*). La questione, dunque, assume interesse - come è stato scritto - sia per l'introduzione di «un'abnorme sanzione» che tocca i diritti costituzionali al lavoro e alla retribuzione, ma anche per il suo «carattere di 'elusione' del percorso indicato dalla Costituzione, volto più o meno espressamente ad introdurre un obbligo al trattamento sanitario *indiretto*»²⁵.

Le conseguenze del mancato possesso del super-*Green pass* hanno finito per essere così radicali per la vita delle persone da inserire un obbligo di fatto a sottoporsi alla vaccinazione prescindendo dalla eventuale presenza già di anticorpi o di altre controindicazioni relative a condizioni sanitarie personali, anche in considerazione della oggettiva difficoltà di riconoscere il regime delle esenzioni da parte dei medici vaccinatori (tema su cui occorrerebbe aprire un separato capitolo).

È così forte l'incidenza sull'individuo e la sua vita, da chiedersi se sia coerente con il principio personalistico di cui all'art. 2 Cost., «il primo dei principi fondamentali

²⁴ A. Bellizzi di San Lorenzo, *Un altro modo di obbligare: una riflessione a futura memoria sul Green pass*, su questa Rivista, n. 3/2022, spec. 442 ss.

²⁵ P. Cappellini, *La Costituzione Invisibile. Costituzione e democrazia alla prova dell'emergenza: riflessioni di un melanconico*, in *História do Direito*, 2021, vol. 2, n. 3, 67.

degli ordinamenti costituzionali del mondo occidentale»²⁶, e con il rispetto della persona umana di cui all'art. 32, comma 2, Cost. E la risposta non può che essere negativa. Quindi già l'obbligo vaccinale *ante litteram* contempla conseguenze contrarie al principio personalistico e alla tutela della persona umana.

Gli obblighi vaccinali veri e propri sono poi stati introdotti utilizzando la decretazione d'urgenza, a partire dal decreto-legge n. 44 del 2021, che li ha previsti per gli esercenti le professioni sanitarie, cui si sono poi aggiunte altre categorie di cittadini, componendo quindi un complesso quadro fatto di obblighi formali di vaccinazione e obblighi non formalizzati, ma tali nella sostanza. Risulta quindi evidente come la disciplina introdotta per combattere il Covid-19 abbia superato la dicotomia vaccinazioni meramente consigliate/vaccinazioni obbligatorie, in passato elaborata dal legislatore e già ridimensionata dalla giurisprudenza costituzionale, che si è più volte pronunciata sul punto²⁷ e abbia avvicinato sino a fondere le due fattispecie, giacché la sanzione di fatto c'è (in termini di preclusione di attività e fruizione di servizi) anche allorquando non si tratti formalmente di vaccinazione obbligatoria.

3. Obbligo vaccinale espresso e sanzioni

²⁶ E. Tosato, *Persona, società intermedie e Stato. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1989, 225. Secondo P. Caretti, G. Tarli Barbieri, *I Diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Torino, 2022, 144, «il principio personalista caratterizza tutte le disposizioni costituzionali che tutelano una sfera della personalità, fisica e morale, che è comunque intangibile sia per i pubblici poteri, anche quando la finalità sia il conseguimento di fini di interesse generale, che per i privati». Sulla centralità del principio personalista nell'architettura costituzionale si veda anche E. Rossi, *Art. 2*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 42 ss.; A. Barbera, *Art. 2*, in G. Branca (a cura di), *Principi fondamentali. Art. 1-12*, Bologna-Roma, 1975, 102, secondo cui bisogna sempre tenere presente che «la "persona" rappresenta il fine del sistema delle libertà garantite nella nostra costituzione».

²⁷ Corte cost., 24 giugno 2020, n. 118, in *Foro it.*, 2020, I, 2995; ribadisce la stretta assimilazione tra vaccinazioni obbligatorie e vaccinazioni raccomandate (sulla quale in precedenza si erano già espresse le sentenze Corte cost. 137/2019 e Corte cost. 5/2018); osserva la Corte in tale ultimo pronunciamento che obiettivo della vaccinazione è garantire e tutelare la salute (anche) collettiva, attraverso il raggiungimento della massima copertura vaccinale e aggiunge che «in questa prospettiva, incentrata sulla salute quale interesse (anche) obiettivo della collettività, non vi è differenza qualitativa tra obbligo e raccomandazione: l'obbligatorietà del trattamento vaccinale è semplicemente uno degli strumenti a disposizione delle autorità sanitarie pubbliche per il perseguimento della tutela della salute collettiva, al pari della raccomandazione».

Agli obblighi vaccinali specifici per gli esercenti le professioni sanitarie (art. 4 decreto-legge n. 44 del 2021), si sono aggiunti quelli per i lavoratori impiegati in strutture residenziali, socio-assistenziali e socio-sanitarie (art. 4 *bis* decreto-legge 44/2021, inserito ad opera del decreto legge n. 111 del 2021), per i lavoratori della scuola, del comparto difesa, sicurezza, soccorso pubblico e polizia locale (art. 4 *ter* decreto-legge 44 cit., introdotto dal decreto-legge n. 172 del 2021), fino all'ampia categoria della popolazione generale costituita dagli ultra cinquantenni (art. 4-*quater* del decreto-legge 44 cit., introdotto dal decreto-legge n. 1 del 2022). Quest'ultima è la previsione di portata più vasta, alla quale si è correlato l'obbligo per gli ultracinquantenni, a far data dal 15 febbraio 2022, per accedere al lavoro, di esibire le certificazioni verdi Covid-19 di vaccinazione o di avvenuta guarigione, pena l'essere qualificati come assenti ingiustificati, senza retribuzione né altro compenso o emolumento, salvo il diritto alla conservazione del posto di lavoro. Nei confronti di coloro che si fossero sottratti all'obbligo vaccinale sarebbe stata irrogata dal Ministero della Salute, per il tramite dell'Agenzia delle Entrate-Riscossione, la sanzione pecuniaria di cui all'art. 4-*sexies* del decreto-legge n. 1 del 2022.

Gli obblighi espressi sono stati accompagnati da conseguenze che, anche in questo caso prescindendo dalla loro astratta riconducibilità alla categoria delle sanzioni, sono apparsi di forte incisione sulla vita delle persone.

Come si ricorderà, il personale sanitario (esercenti professioni sanitarie, operatori di interesse sanitario, personale che comunque svolge le proprie mansioni nelle strutture sanitarie o socio-sanitarie) è stata la prima categoria a divenire destinataria dell'obbligo vaccinale. Si è introdotta la previsione che tale personale non vaccinato venisse sospeso dal servizio (fino ad un limite temporale previsto dalla legge, che è stato poi anticipato al 1° novembre 2022 dal decreto-legge n. 162 del 2022) con l'aggiunta, apparentemente innocua, secondo cui «per il periodo di sospensione non sono dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento, comunque denominati» (art. 4, comma 5, e art. 4-*ter*, comma 3, del decreto legge 44 del 2021, come successivamente modificato).

Difficile non apprezzare la portata enorme, per un lavoratore e la sua famiglia, dell'essere sospeso dal servizio, senza compenso alcuno, venendo quindi esclusa anche l'erogazione di assegni alimentari volta a garantire un minimo vitale. Si aggiunga che la possibilità di essere adibiti a mansioni diverse da quelle propriamente sanitarie, senza decurtazione della retribuzione, è stata circoscritta a vantaggio di coloro per i quali la vaccinazione potesse essere legittimamente omessa o differita, con esclusione del personale che si fosse sottratto alla vaccinazione per libera scelta (art. art. 4, comma 7, e art. 4-ter, comma 2, decreto-legge n. 44 del 2021).

Questa normativa è stata sottoposta all'esame della Corte costituzionale che ha tuttavia bocciato i dubbi di legittimità costituzionale, con risposte che come si cercherà di dimostrare, nel dovuto rispetto che si deve all'organo costituzionale, sono apparse spesso formalistiche e inidonee a cogliere la dimensione di forte compressione dei diritti, delle esigenze, delle necessità vitali dei lavoratori.

L'art. 4-sexies del decreto-legge n. 44 del 2021 (introdotto dal decreto-legge n. 1 del 2022) ha previsto, poi, una vera e propria sanzione amministrativa pecuniaria (€ 100), in caso di inosservanza dell'obbligo vaccinale di cui agli artt. 4, 4-bis, 4-ter e 4-quater del medesimo decreto, quindi a carico di tutti i soggetti su cui è gravato l'obbligo vaccinale, compresi gli ultracinquantenni. Paradossalmente si è trattato di misura da un contenuto afflittivo minore (pur essendo questa volta sanzione vera e propria) rispetto alle conseguenze pregiudizievoli sopra viste, che la Corte ha affermato non essere sanzioni.

Ma ciò non toglie che l'importanza morale e simbolica sia forte. La scelta di non vaccinarsi, per quanto frutto di convinzioni e valutazioni che attengono alla persona in quanto tale e al suo valore etico, è stata accompagnata dallo stigma della sanzione, che ne ha evidenziato la condanna sociale. Ma c'è di più. Come meglio diremo, qui il profilo di irrogazione della sanzione è stato attuato con un procedimento amministrativo che presenta dubbi di rispetto della persona e del diritto al suo corretto trattamento di dati personali.

4. Lo statuto costituzionale degli obblighi vaccinali ante 2023

L'art. 32 Cost. ci presenta il diritto alla salute nella sua duplice dimensione individuale e collettiva²⁸, che rende tale diritto bilanciabile con altri interessi costituzionali, con esclusione solo del suo «nucleo irriducibile [...] protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana»²⁹. Ed è proprio in esito a tale bilanciamento, e alle sue condizioni come fissate dalla Costituzione e dalla lettura che ne ha dato la Corte costituzionale, che si profila lo statuto costituzionale delle vaccinazioni obbligatorie.

Già il testo della norma costituzionale circonda la possibile imposizione di vaccinazioni obbligatorie con una serie di previsioni e condizionamenti, che hanno trovato peraltro ampliamento e specificazione da parte della giurisprudenza costituzionale.

Il primo condizionamento, di carattere formale ma dalla forte valenza nel sistema delle fonti e quindi delle garanzie, è la riserva di legge di cui al primo periodo del secondo comma dell'art. 32 Cost., in base alla quale l'obbligo vaccinale richiede la necessaria *interpositio legislatoris*, circoscrivendo alla normativa primaria la fonte dell'obbligo in parola³⁰. Il tema è stato ripreso dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 25 del 2023³¹.

²⁸ Sulla struttura duale dell'art. 32 Cost., cfr. L. Longhi, *I trattamenti sanitari obbligatori costituzionalmente orientati tra proporzionalità e solidarietà*, cit.

²⁹ Corte cost., sentenza 20 novembre 2000, n. 509, in *Giur. cost.*, 2000, 6, *Foro it.* 2001, I,1475, *Regioni* 2001, 391 (s.m), *Giur. it.*, 2001, 2372.

³⁰ Nella dottrina italiana, la questione della natura assoluta o relativa della riserva di legge prevista dal secondo comma dell'art. 32 Cost. è risolta prevalentemente a favore della seconda e, in termini analoghi, è orientata la giurisprudenza costante della Corte costituzionale. Cfr. D. Morana, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Torino, 2015, 46-50. Ma P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 385 ricostruisce quella dell'art. 32 Cost. come riserva assoluta. Una riserva di legge assoluta, questa volta tratta però dall'art. 13 Cost., si ha invece sicuramente con riferimento ai trattamenti sanitari c.d. coattivi, cioè praticabili anche mediante l'uso della forza legittima, nei quali certamente non rientrano le vaccinazioni. Sul piano delle fonti del diritto la questione più delicata, affrontata anche dalla dottrina che si è occupata della vaccinazione anti Covid-19, è quella del possibile utilizzo del decreto-legge per imporre l'obbligo vaccinale. Questione tutt'altro che teorica, dato che i vaccini dell'epoca Covid sono stati tutti imposti mediante decretazione d'urgenza. Gli argomenti a favore di una lettura rigorosa della riserva di legge in materia, e quindi a favore di un ruolo necessariamente centrale della legge in senso formale sono importanti, e non dovrebbero essere sottovalutati. Una prima lettura dottrinale (A. Mangia, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Rivista AIC*, n. 3/2021) ha stigmatizzato l'irreversibilità del vaccino

Il secondo condizionamento testuale è dato dal rilievo che l'intervento legislativo che impone l'obbligo vaccinale deve giungere a tale risultato attraverso un attento bilanciamento tra la salute nella sua dimensione individuale e la salute come «interesse della collettività», come previsto dal comma primo dell'art. 32. La

effettuato, la quale vuole non solo una solida base scientifico-sperimentale di legittimazione (su cui torneremo ampiamente), ma anche una solida base giuridico-formale della imposizione medesima, giustificando la conclusione per cui «in materia di obbligo vaccinale, si ha a che fare, in ragione della natura della fattispecie, con una necessaria riserva al procedimento e alla fonte formale, al di là di quanto disposto dalla lettera dell'art. 72/4 Cost.». Da segnalare nello stesso periodo l'attenta ricostruzione in merito di A.A. Negroni, *La libertà di (non) vaccinarsi*, Alessandria, Vicolo del Pavone edizioni, 2021, spec. 28 che affronta il tema della irreversibilità degli effetti. Altra lettura a favore della tesi per cui è necessaria la legge formale ha, invece, evidenziato l'assunto secondo cui sarebbe necessario «rispettare il principio democratico attraverso una pubblica discussione in aula e la conseguente assunzione di responsabilità»: sono parole di R. Romboli, *Aspetti costituzionali della vaccinazione contro il Covid-19 come diritto, come obbligo e come onere (certificazione verde Covid-19)*, in www.questionegiustizia.it ancorché riferite alla contrapposizione tra intervento normativo primario e intervento con decreti ministeriali. Ma la Corte costituzionale, con la sentenza n. 5 del 2018, ha affermato la legittimità della imposizione di vaccinazioni obbligatorie con decreto legge, con la singolarità che la valutazione circa la necessaria sussistenza dei presupposti di necessità ed urgenza è effettuata attraverso il rinvio *per relationem* a documenti di contenuto scientifico o a dati medico-statistici, così che il rispetto delle risultanze tecnico-scientifiche si impone non solo in riferimento al merito delle scelte legislative (cioè alla scelta di imporre il vaccino come obbligatorio), ma anche in punto di presupposti per la decretazione d'urgenza (cioè sull'imporgli con decreto-legge), con il che si finisce per attribuire alla sede scientifica un eccesso di importanza. C. Ciaccio, *I vaccini obbligatori al vaglio di costituzionalità. Riflessioni a margine di Corte cost., sent. n. 5 del 2018*, in *Giur. cost.*, 2018, 1, 450 ss. Pochi dubbi che la competenza legislativa sia statale, giacché «ragioni logiche, prima che giuridiche (sentenza n. 5 del 2018) radicano nell'ordinamento costituzionale l'esigenza di una disciplina unitaria, di carattere nazionale, idonea a preservare l'uguaglianza delle persone nell'esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l'interesse della collettività (sentenze n. 169 del 2017, n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002)» (Corte cost., 2 marzo 2021, n. 37).

³¹ In essa si legge, innanzitutto, a conferma di quanto in precedenza evidenziato, che, all'art. 32, «la Costituzione ha introdotto una riserva di legge relativa (sentenza n. 258 del 1994), ma rinforzata per contenuto, stante il necessario «rispetto della persona umana» prescritto dall'ultimo periodo dell'art. 32, secondo comma, Cost. Così, mentre per i trattamenti sanitari coercibili valgono le ulteriori e più intense garanzie previste per le restrizioni alla libertà personale, tra le quali è annoverata l'osservanza di una riserva di legge assoluta, i trattamenti sanitari obbligatori trovano nella riserva relativa di cui all'art. 32 Cost. il proprio fondamento e i propri limiti. La sentenza puntualizza altresì che quello imposto dalla legge deve essere un "determinato" trattamento sanitario: da cui deriva che «è certo che la "determinazione" del trattamento non è scelta delegabile a fonti sub-legislative, trattandosi della individuazione stessa della misura sanitaria che si intende imporre, e dunque di un contenuto normativo essenziale della disciplina». Ne ricava la illegittimità dell'art. 206-bis, comma 1, cod. ordinamento militare, laddove stabilisce che la sanità militare dichiara indispensabile la sottoposizione del militare a «specifiche» profilassi vaccinali, per destinarlo a «particolari e individuate condizioni operative o di servizio», ma non predetermina i vaccini che possono essere imposti al militare, ovverosia le patologie che si intende contrastare.

Costituzione indica così una prima regola metodologica che vincola il potere legislativo in tema di vaccini, prescrivendo che prenda in considerazione, e sottoponga ad adeguato bilanciamento, le due dimensioni costituzionali del diritto alla salute. Ne consegue uno spazio di sindacabilità in giustizia costituzionale quando i contrapposti interessi non siano stati adeguatamente esaminati e valutati. Ma la prescrizione di metodo (il bilanciamento) traduce il condizionamento del c.d. biopotere, cioè degli interventi autoritativi che vengono ad incidere sul corpo delle persone e sulla loro salute, ad un presupposto di carattere assiologico, che è dato dal rispetto del principio di solidarietà, «che impone al decisore pubblico (legislatore o pubblica amministrazione) di intervenire a tutela di un interesse collettivo e di porre al riparo soggetti indifesi o più vulnerabili da scelte fatte dal singolo, in una prospettiva esclusivamente egoistica, che possono ledere o anche solo mettere in pericolo la salute degli altri»³².

Il terzo condizionamento testuale è posto dal comma secondo dell'art. 32 Cost. che stabilisce che il legislatore «non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana». In riferimento a tale limite, «il rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività, se può consentire che, in nome della solidarietà verso gli altri, ciascuno possa essere obbligato a un determinato trattamento sanitario, non può postulare anche il sacrificio della salute di ciascuno per la salute degli altri»³³.

Singolare sorte toccata a questo passaggio del 32 Cost., quasi mai citato - come acutamente sottolineato in dottrina³⁴ - eppure dirompente se davvero “preso sul serio”, in quanto non norma generica ma di vero e proprio sbarramento. Il necessario rispetto della persona umana è stato letto come tale da imporre «di

³² M. Nocelli, *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, in www.giustizia-amministrativa.it

³³ C. Tripodina, *Art. 32*, in V. Crisafulli-L. Paladin-S. Bartole-R. Bin, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 331. «Il rispetto della persona umana va dunque primariamente inteso nel senso che il trattamento sanitario imposto deve essere finalizzato, non solo alla tutela della salute collettiva, ma anche al miglioramento della salute della persona alla quale è praticato, non potendo in ogni caso comportare conseguenze negative per la sua salute, salvo quelle normalmente tollerabili in ragione della loro “temporaneità e scarsa entità”» (*ibidem*).

³⁴ A. Mangia, *Si caelum digito tetigeris*, cit., 449.

ricercare un equilibrio tra interesse sociale e interesse individuale, accertando che i trattamenti imposti siano diretti al fine della tutela della salute, individuale e collettiva, garantendo che la coercizione possa operare solo quando l'interesse collettivo entra in gioco direttamente e a favore direttamente la salute di chi lo subisce» e impone poi una elasticità degli interventi che devono adeguarsi all'evoluzione sociale e scientifica ma anche alle singole fattispecie, così da consentire deroghe, in ipotesi particolari, a tutela di esigenze specifiche incompatibili con l'obbligo stesso³⁵.

Ma il rispetto della persona umana richiama anche l'esigenza che il carattere autoritativo del trattamento obbligatorio si atteni nella dimensione esecutiva attraverso l'adeguata informazione circa il rischio del trattamento, l'esplicitazione delle precauzioni da prendere alla luce delle conoscenze scientifiche, la valutazione in concreto di possibili controindicazioni³⁶.

La Corte costituzionale, nell'esaminare gli obblighi vaccinali imposti dalle norme primarie, li ha ritenuti legittimi costituzionalmente se ed in quanto rispettino il «patto di solidarietà tra individuo e collettività»: rapporto così definito, da ultimo, da Corte costituzionale, sentenza 23 giugno 2020, n. 118, che ne ha fatto il presupposto della legittimità degli obblighi stessi. Tale «patto di solidarietà» si articola, già a partire dalla configurazione che ne ha dato in origine la Corte nella sentenza 22 giugno 1990, n. 307, in tre pilastri, i quali nel loro coordinarsi danno vita allo statuto costituzionale di legittimità delle vaccinazioni obbligatorie: la vaccinazione obbligatoria deve mirare a «preservare la salute altrui», deve avere «conseguenze tollerabili sulla salute del vaccinato» e deve prevedere un «indennizzo in caso di pregiudizio».

La prima condizione (*preservare la salute altrui*) disvela il contenuto solidaristico dell'obbligo vaccinale (o in generale del trattamento sanitario obbligatorio), che

³⁵ B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e Società*, 1983, 1, 21 ss. Sul tema si sofferma ampiamente e a più riprese A.A. Negroni, *La libertà di (non) vaccinarsi*, cit., 57, 120.

³⁶ A. Mazzitelli, *Il ragionevole dubbio in tema di vaccinazioni obbligatorie*, in *Federalismi*, 15 novembre 2017 «se i trattamenti obbligatori sono letteralmente ammessi dall'art. 32, secondo comma, della Costituzione, siccome subordinati al necessario rispetto della persona umana, si rende implicito l'adozione di tutte le misure necessarie onde ridurre se non evitare il rischio da complicità».

attinge alla salute come interesse della collettività di cui all'art. 32 Cost. La sentenza n. 307/1990 è netta: «la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 della Costituzione se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri: è infatti proprio questo ulteriore scopo, che attiene alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quell'autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale». Vi è un preciso orientamento del giudice costituzionale al legislatore per l'esercizio del suo potere decisorio, non scevro da una componente di valutazione tecnico-scientifica.

La seconda condizione (*avere conseguenze tollerabili sulla salute del vaccinato*) ha un ruolo centrale nel fissare il punto di equilibrio, nel bilanciamento dei contrapposti interessi, il cui rispetto segna il limite del costituzionalmente legittimo. Anche in questo caso la sentenza n. 307 è esplicita: «un trattamento sanitario può essere imposto solo nella previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili». La dimensione solidaristica non arriva ad annullare la natura fondamentale individuale del diritto alla salute e non può quindi imporne il sacrificio. Se è corretto, alla luce dell'art. 32 Cost., che anche il diritto alla salute, per quanto diritto fondamentale della persona, entri in una valutazione sociale complessiva, e possa essere bilanciato con altre esigenze costituzionali, ciò incontra tuttavia un limite interno, insito nella stessa natura di diritto fondamentale, che per sua natura ne esclude la sacrificabilità. Tale assunto è tradotto dalla Corte costituzionale nell'affermata esigenza che, pur mirando la vaccinazione obbligatoria a soddisfare la salute nella sua dimensione di interesse della collettività, essa è tuttavia costituzionalmente legittima nella sola misura in cui sia accertato (e qui si apre ulteriore profilo tecnico-scientifico) che porta conseguenze "tollerabili" per il vaccinato.

Afferma la Corte, nella sentenza più volte richiamata, che la dimensione solidaristica alla base dell'obbligo vaccinale «non postula il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri», essendoci quindi un nucleo rigido di tutela della salute che non risulta superabile e bilanciabile. La conseguenza di ciò è che il bilanciamento tra salute come interesse della collettività e salute in termini soggettivi, oltre ad essere condotto in generale ai fini della scelta se imporre o meno come obbligatorio un certo trattamento, dovrà anche tradursi nella previsione di casi singoli di esclusione dall'obbligo vaccinale, legati alle condizioni soggettive dell'obligato. Occorre cioè «la previsione di meccanismi e clausole normative che prevedano una valutazione caso per caso dell'esistenza di ragioni medico-scientifiche che possano condurre all'esclusione dell'obbligo vaccinale», ciò con «funzione di elemento necessario del bilanciamento, rappresentando uno strumento procedurale che rende compatibile con il principio di solidarietà sociale la soggezione dell'individuo a un obbligo incidente sulla propria autodeterminazione e – seppur in modo limitato – sulla propria integrità psico-fisica»³⁷.

La terza condizione è infine costituita dalla previsione di un *indennizzo in caso di pregiudizio*. Evidenzia la Corte che «un corretto bilanciamento fra le due suindicate dimensioni del valore della salute - e lo stesso spirito di solidarietà (da ritenere ovviamente reciproca) fra individuo e collettività che sta a base dell'imposizione del trattamento sanitario - implica il riconoscimento, per il caso che il rischio si avveri, di una protezione ulteriore a favore del soggetto passivo del trattamento. In particolare finirebbe con l'essere sacrificato il contenuto minimale proprio del diritto alla salute lui garantito, se non gli fosse comunque assicurato, a carico della collettività, e per essa dello Stato che dispone il trattamento obbligatorio, il rimedio di un equo ristoro del danno patito».

Il profilo è stato poi sviluppato dalla giurisprudenza costituzionale (si veda, ad esempio, la sentenza n. 107 del 2012) con l'estensione dell'obbligo di indennizzo

³⁷ S. Penasa, *Obblighi vaccinali: un itinerario nella giurisprudenza costituzionale comparata*, in *Quad. cost.*, 2018, I, 47 ss.

anche al caso di danni provocati dalla sottoposizione a vaccinazione non obbligatoria ma raccomandata, sul rilievo che «la ragione determinante del diritto all'indennizzo» è «l'interesse collettivo alla salute» e non «l'obbligatorietà in quanto tale del trattamento, la quale è semplicemente strumento per il perseguimento di tale interesse» e che lo stesso interesse è fondamento dell'obbligo generale di solidarietà nei confronti di quanti, sottoponendosi al trattamento, vengano a soffrire di un pregiudizio (cfr. sentenze n. 226 e n. 423/2000).

La giurisprudenza costituzionale post 1990 ha confermato questa struttura del "patto di solidarietà", che poi viene richiamato in tutta la giurisprudenza successiva (sentenze della Corte costituzionale n. 258 del 1994, n. 107 del 2012, n. 268 del 2017, n. 5 del 2018, n. 118 del 2020).

5. L'apertura a vaccini con effetti pregiudizievoli "intollerabili"

La Corte costituzionale nella sentenza n. 14 del 2023 ha affrontato la questione di legittimità costituzionale dell'obbligo vaccinale per i sanitari previsto dall'art. 4 del decreto-legge n. 44 del 2021 posta dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana con ordinanza n. 351 del 2022 e incentrata, per quel che qui più rileva, sulla sussistenza o meno nella specie del secondo requisito, di cui alla *teoria dei tre pilastri* elaborata della Corte, ovvero sul fatto che le vaccinazioni in esame possano determinare conseguenze avverse sui vaccinati che siano "tollerabili"³⁸.

Il Consiglio di giustizia amministrativa, partendo dai dati fattuali in base ai quali le vaccinazioni anti-Covid comportano eventi avversi superiori, "di diversi ordini di grandezze", alla media delle vaccinazioni in uso da anni, era giunto alla conclusione che quelle vaccinazioni non rispettassero il principio di tollerabilità degli eventi

³⁸ Si è messo in evidenza che vi è stata una accoglienza tiepida di tale ordinanza in dottrina, come se fosse stato "inopportuno" sollevare la questione, quasi si trattasse di un "manifesto no-vax": così C. Iannello, *L'interpretatio abrogans dell'art. 32 della Costituzione. L'obbligo vaccinale per il Sars-Cov-2 e le ordinanze di rinvio della Consulta*, Napoli, 2022, spec. 49 ss. che, con acume, ricostruisce l'ordinanza di rinvio alla Corte evidenziando però il rischio in essa sotteso su uno specifico profilo, ovvero la giustificazione che il giudice *a quo* pare dare comunque al vaccino che, pur non bloccando il contagio e la trasmissione del virus, avrebbe comunque un beneficio per la collettività nella diminuzione della pressione sugli ospedali ed evitando le forme più gravi della malattia. Con parametri così fluidi, motiva l'Autore, non vi sarebbe più argine all'imposizione di obblighi.

avversi, appunto. Il giudice rimettente più specificamente rilevava che si rientra nella soglia di normale tollerabilità degli eventi avversi quando gli stessi siano solo quelli dovuti a caso fortuito o imprevedibilità della reazione individuale³⁹.

L'approccio della Corte alla prospettazione del Consiglio di giustizia amministrativa (secondo cui la tollerabilità delle reazioni avverse coincide con il caso fortuito o la imprevedibilità della reazione individuale al vaccino) è forte. La sentenza non dedica spazio alla tesi prospettata dal giudice *a quo*, affermando (forse troppo frettolosamente) che il parametro indicato è incerto, errato e privo di fondamento. Incerto, perché non è chiaro se il giudice *a quo* reputi illegittimo l'obbligo vaccinale per intollerabilità delle reazioni per la sola possibilità della verifica di eventi gravi (che non sarebbero mai ammissibili), ovvero se reputi ammissibili anche reazioni gravi, purché riconducibili al caso fortuito alla imprevedibilità della reazione individuale⁴⁰; errato, perché «la giurisprudenza costituzionale ha affermato con chiarezza (sulla base dei ricordati criteri) che il rischio remoto di eventi avversi anche gravi non possa, in quanto tale, reputarsi non tollerabile, costituendo piuttosto - come si è detto - titolo per l'indennizzo»; infondato, perché è «priva di riscontro nella giurisprudenza di questa Corte (...) l'affermazione che sarebbero tollerabili le reazioni avverse (unicamente) "nelle ipotesi del caso fortuito e imprevedibilità della reazione individuale"».

³⁹ Più specificamente il Consiglio, da un lato afferma che: il principio della normale tollerabilità «non pare lasciare spazio all'ammissione di eventi avversi gravi e fatali, purché pochi in rapporto alla popolazione vaccinata, criterio che, oltretutto, implicherebbe delicati profili etici (ad esempio, a chi spetti individuare la percentuale di cittadini "sacrificabili")»; dall'altro lato conclude che «non potendosi, in generale, mai escludere la possibilità di reazioni avverse a qualunque tipologia di farmaco, il discrimen, alla stregua dei criteri rinvenibili dalla richiamata giurisprudenza costituzionale, vada ravvisato nelle ipotesi del caso fortuito e imprevedibilità della reazione individuale. Ma nel caso in questione, l'esame dei dati pubblicati nel sito EudraVigilance disaggregati per Stato segnalatore evidenzia una certa omogeneità nella tipologia di eventi avversi segnalati dai vari Paesi (in disparte il maggiore o minore afflusso di dati, evidenziato dai Consulenti della parte appellante), il che lascia poco spazio all'opzione caso fortuito/reazione imprevedibile».

⁴⁰ (...) «non emerge con chiarezza se il rimettente deduca l'illegittimità costituzionale dell'imposizione del trattamento sanitario dalla semplice possibilità della verifica di eventi avversi gravi che, in quanto tali, sarebbero «non tollerabili», oppure, se, consapevole della difficoltà di «escludere la possibilità di reazioni avverse a qualunque tipologia di farmaco», reputi determinante che le reazioni avverse gravi siano riconducibili a ipotesi di caso fortuito e di imprevedibilità della reazione individuale, solo in tale ultimo caso potendo essere «tollerabili».

Si inserisce nella motivazione della Corte un passaggio allarmante, in quanto scardina la stessa sistematica elaborata dalla giurisprudenza costituzionale che aveva circoscritto le vaccinazioni obbligatorie conformi a Costituzione a quelle che determinino effetti avversi “tollerabili”. In tale, sia pur breve, passaggio la sentenza n. 14 ha affermato invece che sarebbero legittime costituzionalmente anche le vaccinazioni che comportino effetti avversi intollerabili, nel qual caso è dovuto un indennizzo⁴¹.

Qui il *vulnus* all’intera sistematica della pregressa elaborazione costituzionale è pesante, al punto di poter dire che si incrina il «patto di solidarietà tra individui e collettività», costruito dalla stessa Corte costituzionale. Il requisito della tollerabilità delle reazioni avverse per i vaccinati ha assunto fino ad ora un’importanza centrale nella individuazione del punto di equilibrio tra esigenza collettive e tutela dei diritti individuali: poteva accettarsi sul piano costituzionale che si imponesse una prestazione vaccinale obbligatoria, in funzione di obiettivi solidaristici, solo se il sacrificio imposto al singolo, e alla tutela dei suoi diritti individuali, è limitato e circoscritto, condensando ciò nella affermazione del principio di tollerabilità delle reazioni avverse. Nel 2023, invece, la Corte supera il suo precedente orientamento, considerando legittime costituzionalmente anche vaccinazioni che comportino effetti avversi intollerabili, purché ci sia il ristoro economico dell’indennizzo.

Dal punto di vista assiologico, in presenza di Costituzione che ha al centro la persona (art. 2 Cost., art. 32 Cost.), si tratta di conclusione problematica. La “posta” in gioco è il valore non già morale, ma giuridico della persona, la persona intesa come “valore normativo” in sé, espressamente previsto dall’art. 2 Cost. e principio

⁴¹ Afferma la citata decisione che «non può, pertanto, condividersi la lettura che il Collegio rimettente dà della giurisprudenza di questa Corte, la quale ha, per contro, affermato che devono ritenersi leciti i trattamenti sanitari, e tra questi le vaccinazioni obbligatorie, che, al fine di tutelare la salute collettiva, possano comportare il rischio di «conseguenze indesiderate, pregiudizievole oltre il limite del normalmente tollerabile» (sentenza n. 118 del 1996)».

fondamentale dell'ordinamento costituzionale (non uno tra i principi ma il principio)⁴².

Una certa contraddizione tra premesse e conclusioni, proprio con riferimento all'interpretazione costituzionalmente orientata di queste ultime due disposizioni costituzionali, si ravvisa anche con riferimento al primo pilastro, quello secondo il quale il trattamento deve tutelare la salute altrui, in particolare con riferimento al fatto che la copertura vaccinale ha dimostrato nel corso dei mesi di non impedire il contagio. Pure su questo tema ci sono opinioni discordanti perché una parte della dottrina ha sostenuto che il vantaggio del vaccino fosse non quello di impedire, ma di rallentare il contagio. Tuttavia questo elemento, alla luce di una rigorosa valutazione della concordanza tra art. 2 e art. 32 Cost. e della teoria dei pilastri della Corte, avrebbe senz'altro dovuto scompaginare l'impostazione iniziale: se il vaccino non permette un'assoluta copertura per la tutela della salute altrui si sarebbe dovuto pensare l'intera misura in un'ottica di gradazione rispetto alle esigenze che via via emergevano, valutazione questa che non è stata fatta.

Dopo queste decisioni, si potrà ancora parlare di integrità del primato della persona nella sua effettività? L'uomo è ancora un bene-fine, o non si è aperta piuttosto una breccia nel valore costituzionale che può sbriciolare le mura assiologiche in un bene-mezzo? Un uomo-mezzo, s'intende, strumentale in funzione dell'utilitarismo collettivo, declinato nella prospettiva della salute collettiva⁴³.

Ma, oltre che di ricostruzione problematica nel merito, il richiamato passaggio motivazionale non convince neppure nella sua motivazione giuridico-formale. Infatti la Corte non effettua un espresso *revirement*, ma si propone di leggere la

⁴² Secondo A. Ruggeri, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in www.federalismi.it, 28 agosto 2013, il c.d. principio personalista «in realtà non è un "principio" al pari degli altri che pure sono a fondamento dell'ordine repubblicano; semmai, è il principio, come ciò che sta appunto all'inizio e, a un tempo, alla fine del percorso costituzionale che con esso si apre e in esso circolarmente si chiude, perfezionandosi e da se medesimo giustificandosi». Cfr. anche A. Ruggeri, *La vaccinazione contro il Covid-19 tra autodeterminazione e solidarietà*, su questa Rivista, 2/2021.

⁴³ In proposito cfr. ancora C. Iannello, *L'interpretatio abrogans dell'art. 32 della Costituzione*, cit., 17.

propria precedente giurisprudenza nel senso che essa non avrebbe affermato la liceità dei soli trattamenti obbligatori che comportino effetti avversi tollerabili.

Una lettura “revisionista” supportata dall’affermazione circa la liceità dei trattamenti obbligatori - ancorché comportino possibili effetti pregiudizievoli “oltre il limite del normalmente tollerabile” - con il richiamo a quanto statuito nella precedente sentenza della Corte n. 118 del 1996. Quel precedente contiene in effetti un passaggio motivazionale equivoco e di incerta interpretazione. La Corte, nella sentenza n. 14 del 2023, ha esaltato il passaggio stesso, facendone il punto di forza di una rilettura della giurisprudenza costituzionale volta a dimostrare che non esisterebbe il limite costituzionale ai trattamenti obbligatori con effetti pregiudizievoli intollerabili.

Ma si tratta di interpretazione tecnicamente non convincente, come dimostra il fatto che la sentenza n. 118 del 1996 (al punto 4 della motivazione in diritto) ha come oggetto specifico il tema dell’indennizzo per il caso di danni da vaccinazioni ed è in tale ipotesi che viene evocata la “liceità” formale di trattamenti in quanto imposti dalla legge, salvo occuparsi delle possibili conseguenze *ex lege*, tra cui l’obbligo dell’indennizzo⁴⁴.

⁴⁴ Questo l’equivoco passaggio della sentenza n. 118 del 1996: «4. - L'esatto inquadramento del problema di costituzionalità che la Corte è chiamata a risolvere presuppone la chiarificazione del significato del diritto costituzionale alla salute con riferimento al caso in cui la sua dimensione individuale confligga con quella collettiva, ipotesi che può ricorrere tipicamente nei casi di trattamenti sanitari obbligatori, tra i quali rientra la vaccinazione antipoliomielitica. La disciplina costituzionale della salute comprende due lati, individuale e soggettivo l'uno (la salute come fondamentale diritto dell'individuo), sociale e oggettivo l'altro (la salute come interesse della collettività). Talora l'uno può entrare in conflitto con l'altro, secondo un'eventualità presente nei rapporti tra il tutto e le parti. In particolare - questo è il caso che qui rileva - può accadere che il perseguimento dell'interesse alla salute della collettività, attraverso trattamenti sanitari, come le vaccinazioni obbligatorie, pregiudichi il diritto individuale alla salute, quando tali trattamenti comportino, per la salute di quanti ad essi devono sottostare, conseguenze indesiderate, pregiudizievoli oltre il limite del normalmente tollerabile. Tali trattamenti sono leciti, per testuale previsione dell'art. 32, secondo comma, della Costituzione, il quale li assoggetta ad una riserva di legge, qualificata dal necessario rispetto della persona umana e ulteriormente specificata da questa Corte, nella sentenza n. 258 del 1994, con l'esigenza che si prevedano ad opera del legislatore tutte le cautele preventive possibili, atte a evitare il rischio di complicanze. Ma poiché tale rischio non sempre è evitabile, è allora che la dimensione individuale e quella collettiva entrano in conflitto. Il caso da cui trae origine il presente giudizio di costituzionalità ne è un esempio. La vaccinazione antipoliomielitica comporta infatti un rischio di contagio, preventivabile in astratto - perché statisticamente rilevato - ancorché in concreto non siano prevedibili i soggetti che saranno colpiti dall'evento dannoso. In questa

Da un lato, dunque, il precedente citato appare tutt'altro che perspicuo nel fondare la tesi revisionista della Corte del 2023; dall'altro esso, comunque, non può essere letto isolatamente, ma deve essere inserito nel solco di numerose sentenze nelle quali, ben diversamente, la Corte ha palesemente radicato e ribadito la non costituzionalità dei trattamenti sanitari obbligatori che provochino effetti pregiudizievoli "intollerabili". La già citata pronuncia capostipite, n. 307 del 1990, ha affermato esplicitamente che «un trattamento sanitario può essere imposto solo nella previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili». Nella sentenza n. 5 del 2018 il concetto è stato ribadito nel senso di sostenere che «questa Corte ha precisato che la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost.: se il trattamento è diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri; se si prevede che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiano normali e, pertanto, tollerabili; e se, nell'ipotesi di danno ulteriore, sia prevista comunque la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria (sentenze n. 258 del 1994 e n. 307 del 1990)».

L'esigenza che gli effetti pregiudizievoli delle vaccinazioni obbligatorie rientrino nel parametro della tollerabilità è pacifica nella precedente elaborazione

situazione, la legge che impone l'obbligo della vaccinazione antipoliomielitica compie deliberatamente una valutazione degli interessi collettivi ed individuali in questione, al limite di quelle che sono state denominate "scelte tragiche" del diritto: le scelte che una società ritiene di assumere in vista di un bene (nel nostro caso, l'eliminazione della poliomielite) che comporta il rischio di un male (nel nostro caso, l'infezione che, seppur rarissimamente, colpisce qualcuno dei suoi componenti). L'elemento tragico sta in ciò, che sofferenza e benessere non sono equamente ripartiti tra tutti, ma stanno integralmente a danno degli uni o a vantaggio degli altri. Finché ogni rischio di complicanze non sarà completamente eliminato attraverso lo sviluppo della scienza e della tecnologia mediche - e per la vaccinazione antipoliomielitica non è così -, la decisione in ordine alla sua imposizione obbligatoria apparterrà a questo genere di scelte pubbliche».

giurisprudenziale della Corte e appare forzato il tentativo della sentenza n. 14 di rileggere in senso diverso quella giurisprudenza.

6. Le sanzioni per i sanitari e docenti e i dubbi di costituzionalità

Le pesanti conseguenze pregiudizievoli per chi decida di non sottoporsi al vaccino, già emerse con riferimento all' "obbligo gentile" correlato al *Green pass*, vengono ad essere formalizzate con l'imposizione dell'obbligo legale. Anche in questo caso quel che rileva non è la previsione di una sanzione tecnicamente intesa, come successivamente introdotta, ma il profilo sostanziale di effetti normativi fortemente pregiudizievoli, per quanto ammantati da paludamenti giuridici, per chi si sottragga all'obbligo stesso.

L'ambito lavoristico risulta quello più fortemente inciso dall'obbligo vaccinale, giacché la decisione di non accettare la somministrazione del vaccino da parte degli appartenenti alle categorie obbligate (personale sanitario, della scuola, ecc.) comporta l'esclusione temporanea dal lavoro o della retribuzione⁴⁵.

I giudici di merito hanno prontamente intercettato la problematica di costituzionalità connessa alla situazione in cui vengono a trovarsi i lavoratori che liberamente decidano di non vaccinarsi e ne conseguono plurime rimessioni alla Corte costituzionale. Vengono in particolare sollevati dubbi di costituzionalità in

⁴⁵ Molti i contributi dottrinali su vaccino e lavoro: M. Martone, *Oltre la vaccinazione: chiose su salute e lavoro in tempi di pandemia*, in *Giur. it.*, 2022, 2207; P. Iervolino, *Senza vaccino, nessun emolumento: la parola alla Consulta*, *Giur. It.*, 2022, 11, 2449; V. Maio, *Licenziamento e vaccino anti Covid-19. Perché serviva il decreto-legge n. 44 del 2021 per obbligare gli operatori sanitari e cosa cambia ora*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2, 2021, 292 e segg.; F. Scarpelli, *Arriva l'obbligo del vaccino (solo) per gli operatori sanitari: la disciplina e i suoi problemi interpretativi*, in "Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi", 3 aprile 2021; A. De Matteis, *Il decreto - legge sull'obbligo di vaccino del personale sanitario*, *ivi*, 5 aprile 2021; M. Mocella, *Vaccini e diritti costituzionali. Una prospettiva europea*, su questa Rivista, 2/2021; M. Verzaro, *ECCE LEX! L'obbligo di vaccinazione per gli operatori sanitari*, *ivi*, 5 aprile 2021; C. Pisani, *Il vaccino per gli operatori sanitari obbligatorio per legge e requisito essenziale per la prestazione*, *ivi*, 7 aprile 2021; R. Riversono, *Note in tema di individuazione dei soggetti obbligati ai vaccini a seguito del decreto-legge n. 44/2021*, *ivi*, 12 aprile 2021; V. A. Poso, *Dei vaccini e delle "pene" per gli operatori sanitari. Prime osservazioni sul D.L. 1° aprile 2021, n. 44 (G.U. n. 79 del 1° aprile 2021)*, in *Labor. Il lavoro nel diritto - Aggiornamenti*, 10 aprile 2021; P. Pascucci, C. Lazzari, *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1 aprile 2021, n. 44*, in *DSL*, n. 1, 2021, 152 e segg. Per una rassegna giurisprudenziale sull'obbligo di vaccinazione, vedi G. Zampini, *L'obbligo vaccinale anti sars-cov-2 al vaglio della giurisprudenza*, in *Argomenti Dir. Lav.*, 1, 2022, 197 e segg.

relazione a due profili disciplinari attinenti a effetti consequenziali, e quindi in senso lato sanzionatori, rispetto al mancato assolvimento degli obblighi vaccinali: il primo riguarda le norme del decreto-legge n. 44 del 2021 (art. 4, comma 7, e art. 4-ter, comma 2) che, nel prevedere la sospensione dal servizio dei dipendenti della sanità che non si vaccinano, non contemplano la possibilità, alternativa alla sospensione, di adibire i suddetti sanitari a mansioni diverse, non a contatto con i pazienti, senza decurtazione dello stipendio; il secondo profilo riguarda le norme del medesimo decreto-legge n. 44 *cit.* (art. 4, comma 5, e art. 4-ter, comma 3) laddove non prevedono, per il personale della sanità e della scuola che non si sia vaccinato, e che deve quindi essere sospeso dal servizio, almeno la erogazione dell'assegno alimentare.

Nel testo originario dell'art. 4 del decreto-legge n. 44 del 2021 era invece prevista, per i sanitari non vaccinati per loro libera scelta, la sospensione dalle prestazioni «che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2», così che il datore di lavoro doveva provvedere ad adibire, ove possibile, il lavoratore non vaccinato a mansioni diverse, evitando la sospensione dal servizio. Ma il decreto-legge n. 172 del 2021 ha eliminato questa alternativa: l'obbligo datoriale di adibire il non vaccinato a mansioni diverse residua solo per chi non possa vaccinarsi, a causa di accertato pericolo per la salute; chi non voglia vaccinarsi deve essere sospeso e «per il periodo di sospensione non sono dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento, comunque denominati».

I giudici rimettenti (il Tribunale di Brescia, di Catania, di Padova), chiamati a decidere sui ricorsi di lavoratori della sanità e della scuola non vaccinati, e perciò sospesi dal servizio senza retribuzione alcuna, hanno sollevato questione di legittimità costituzionale delle relative previsioni del decreto legge n. 44 del 2021 le quali, nel non prevedere l'erogazione almeno di un assegno alimentare, risulterebbero lesive della dignità della persona, lasciando tali lavoratori, per un periodo temporalmente rilevante, privi di ogni sostentamento per far fronte ai bisogni primari della vita; altre norme dell'ordinamento prevedono invece

L'erogazione di assegno alimentare a favore di lavoratori sospesi, anche laddove questi ultimi siano coinvolti in procedimenti penali o disciplinari per fatti di oggettiva gravità, in tal modo ingenerando una irragionevole disparità di trattamento. I giudici *a quibus* hanno contestato, altresì, la mancanza della previsione della possibilità di adibire il lavoratore della sanità non vaccinato ad altre mansioni, non a contatto con il pubblico, con possibilità di continuare a godere della retribuzione; hanno evidenziato la incomprendibilità del motivo per cui tale evenienza è contemplata solo a favore dei lavoratori esentati dall'obbligo vaccinale, o per i quali la vaccinazione è stata differita, pur in presenza delle medesime possibilità di diffusione del *virus*. Si tratterebbe di illegittima discriminazione, che finirebbe per comprimere il diritto al lavoro di coloro che abbiano deciso di non vaccinarsi, essendo praticabili soluzioni alternative, quali il controllo tramite test di rilevazione del virus o l'assegnazione a mansioni diverse (come previsto in un primo momento per i sanitari).

7. Le "sanzioni" in ambito lavorativo

7.1. Adibizione del non vaccinato ad altre mansioni (*repêchage*)

La questione di legittimità costituzionale è semplice e accende il faro della verifica del rispetto della Costituzione su un profilo specifico della sospensione del lavoratore non vaccinato; si tratta, in termini più precisi, di un aspetto disciplinare che manca, cioè la verifica, previa rispetto alla sospensione dal servizio, della possibilità di adibire il lavoratore della sanità a mansioni alternative, diverse da quelle ordinarie, e che escludano contatti con il pubblico e, quindi, la possibilità di essere pregiudizio per altri.

Se la questione è quella di tutelare la salute - al netto della questione cruciale che a ciò sia realmente funzionale il vaccino - non può essere valutata la possibilità di adibire il lavoratore a mansioni che non lo mettano in contatto con gli utenti del servizio (almeno ove ciò sia possibile) in tal modo continuando a corrispondergli lo stipendio?

Si tratta di alternativa assolutamente plausibile, come dimostra con ben tre previsioni normative lo stesso legislatore. *Prima previsione*: la possibilità di adibire i lavoratori non vaccinati ad altre mansioni (così conservandoli al lavoro) è stata prevista per i sanitari che non avessero potuto (per ragioni di salute) vaccinarsi, ma non per chi non avesse voluto vaccinarsi. *Seconda previsione*: la possibilità di adibire chi non avesse voluto vaccinarsi a mansioni diverse compatibili è stata prevista per i lavoratori della scuola⁴⁶, ma non per quelli della sanità. *Terza previsione*: la suddetta possibilità di *repêchage* era stata in realtà prevista anche per i lavoratori della sanità che non avessero voluto vaccinarsi dal decreto-legge n. 44 del 2021 nella sua stesura originaria, che è stata però emendata sul punto dal successivo decreto legge n. 172 del 2021. Dunque il *repêchage* è sicuramente un'alternativa possibile anche in sanità e peraltro il non averlo previsto per chi non si sia voluto vaccinare ha creato un'evidente disparità di trattamento. Non solo: la sua previsione, come nel caso del personale scolastico, ha rappresentato la presa in carico da parte del legislatore dell'interesse costituzionale al lavoro e la ricerca di un punto di equilibrio accettabile con l'obbligo vaccinale stesso, in tal modo indicando la via maestra di una corretta attuazione della Costituzione.

Ma la Corte costituzionale, nella sentenza n. 15 del 2023, ha giudicato infondati i dubbi sull'assenza di *repêchage* per i sanitari non vaccinati sulla base delle seguenti considerazioni.

I] Le disposizioni censurate hanno escluso l'opportunità di addossare al datore un obbligo generalizzato di adottare accomodamenti organizzativi, non ravvisandosi, in rapporto alle categorie professionali in esame, le condizioni della fungibilità e della sia pur parziale idoneità lavorativa residua del dipendente non vaccinato, condizioni sempre necessarie, in caso di impossibilità sopravvenuta della prestazione, per giustificare la permanenza di un apprezzabile interesse datoriale a una diversa prestazione lavorativa.

⁴⁶ L'art. 4-ter 2, comma 3, afferma infatti, agli ultimi periodi, che «l'atto di accertamento dell'inadempimento impone al dirigente scolastico di utilizzare il docente inadempiente in attività di supporto alla istituzione scolastica. Il quinto periodo si interpreta nel senso che ai docenti inadempienti si applica, per quanto compatibile, il regime stabilito per i docenti dichiarati temporaneamente inidonei alle proprie funzioni».

II] La peculiarità dell'ambiente di lavoro con persone fragili, che giustifica il diverso trattamento rispetto ai dipendenti della scuola: «ciò costituisce ragione sufficiente per regolare diversamente le conseguenze della mancata sottoposizione a vaccinazione rispetto a lavoratori, quali quelli occupati negli istituti scolastici, che rendono le loro prestazioni in situazioni non omogenee, così come rispetto a lavoratori che siano esentati dalla vaccinazione per motivi di salute».

III] La diversità dei lavoratori della sanità che non vogliono vaccinarsi, rispetto a quelli che non possono, per questi ultimi prevalendo esigenze solidaristiche: «Non può, del resto, non considerarsi che la adibizione a mansioni diverse, prescritta invece dall'art. 4, comma 7, del d.l. n. 44 del 2021, come convertito, in favore dei soggetti che avessero dovuto omettere o differire la vaccinazione per motivi di salute, costituisce misura eccezionale di natura solidaristica, imposta dalla legge al datore di lavoro anche ove non fossero concretamente disponibili nell'organizzazione aziendale posti idonei ad evitare il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2, facendo così salvo il diritto del lavoratore alla retribuzione pur ove questi non rendesse effettivamente la sua prestazione».

Difficile non riportare alla mente che la sospensione dal lavoro senza stipendio dei lavoratori della sanità che non vogliono vaccinarsi costituisce misura drastica, che incide pesantemente sul lavoratore e sulla sua famiglia, quindi sui diritti tutelati dagli artt. 35 e 36 Cost.; il non vaccinato deve stare a casa e non guadagna niente. Perché non aprire ad una previa valutazione da parte dei singoli datori di lavoro della possibilità di impiego alternativo dei lavoratori non vaccinati? La risposta è semplice: l'istituto del *repêchage* viene escluso sostanzialmente per non creare problemi organizzativi: non si vuole «addossare al datore un obbligo generalizzato di adottare accomodamenti organizzativi». Appare affermazione irragionevole, pur in presenza della complessa situazione emergenziale, quella della prevalenza delle esigenze organizzative delle strutture amministrative e dei datori di lavoro rispetto al diritto del singolo a svolgere le sue mansioni lavorative e trarne il sostentamento. Sarebbe stato sufficiente prevedere la illegittimità costituzionale della mancata

previsione dell'istituto, inteso come possibilità di adibire il lavoratore ad altre mansioni, salve insormontabile difficoltà.

Quello adottato dal legislatore e avallato dalla Corte è un bilanciamento di interessi e di valori costituzionali che sembra piuttosto giustificarsi unicamente in un'ottica punitiva per essersi l'individuo sottratto alla solidarietà cui era tenuto. La natura sanzionatoria delle questioni esaminate, negata dalla Corte (la vaccinazione sarebbe un requisito per lo svolgimento dell'attività lavorativa e la mancata vaccinazione una «sopravvenuta provvisoria impossibilità per il dipendente di svolgere attività lavorative», da cui discende la sospensione) appare invece, sullo sfondo, proprio una possibile chiave di comprensione della sbrigatività della motivazione, che fa prevalere esigenze organizzative sui diritti delle persone⁴⁷.

7.2. Sospensione dal lavoro senza assegno alimentare

Nella sentenza n. 15 la Corte è passata poi ad esaminare la legittimità costituzionale della previsione del decreto-legge n. 44 del 2021 laddove ha previsto, per i lavoratori sospesi per non essersi sottoposti agli obblighi vaccinali, che «per il periodo di sospensione, non sono dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento, comunque denominati».

I giudici *a quibus* avevano sottolineato che la norma, nell'escludere la corresponsione ai lavoratori sospesi anche dell'assegno alimentare, risulterebbe lesiva della dignità della persona, in quanto, per un periodo temporale rilevante, priva il lavoratore che non abbia voluto vaccinarsi di ogni forma di sostentamento per far fronte anche ai bisogni primari della vita. Evidenziavano altresì che l'assegno alimentare è, invece, previsto da altre norme che dispongono la sospensione dal servizio in pendenza di procedimenti disciplinari o penali, in tal modo il non vaccinato venendo ad avere un trattamento deteriore rispetto agli imputati di illeciti o reati.

⁴⁷ Così ritiene anche V. Baldini, *L'emergenza sanitaria tra stato di eccezione, trasformazione della Costituzione e garanzie del pluralismo democratico*, su questa Rivista, n. 1/2023, 390-415, spec. 397-398.

La Corte ha ritenuto infondato anche questo profilo di legittimità costituzionale. Nella scarna ed assertiva motivazione della sentenza sul punto sono enucleabili i seguenti profili giustificativi della decisione assunta:

I] la natura non sanzionatoria ma di mera natura paritetica e sinallagmatica della sospensione; la vaccinazione sarebbe un ulteriore requisito per lo svolgimento dell'attività lavorativa; «la mancata sottoposizione a vaccinazione ha determinato la sopravvenuta e temporanea impossibilità per il dipendente di svolgere le proprie mansioni, e la sospensione del medesimo lavoratore ha rappresentato per il datore di lavoro l'adempimento di un obbligo nominato di sicurezza inserito nel sinallagma contrattuale»;

II] la legittimità della non erogazione al lavoratore sospeso di un assegno alimentare per rifiuto alla vaccinazione, considerando che il lavoratore decide di non vaccinarsi per una libera scelta, in ogni momento rivedibile, che fa venire meno, come già detto, la sussistenza del sinallagma funzionale del contratto e dunque il principio generale di corrispettività;

III] l'illegittimità della non erogazione al lavoratore di un assegno alimentare a causa della sospensione dal servizio per la sottoposizione a procedimento penale o disciplinare; diversamente dai precedenti, in quei casi la misura trova giustificazione nella esigenza sociale di sostegno temporaneo del lavoratore per il tempo occorrente alla definizione dei relativi giudizi e alla verifica della sua effettiva responsabilità, ancora non accertata;

IV] anche partendo dall'assunto che l'assegno alimentare abbia natura assistenziale e non retributiva «rimane smentita la conclusione che configuri quale soluzione costituzionalmente obbligata l'accollo al datore di lavoro della erogazione solidaristica, in favore del lavoratore che non abbia inteso vaccinarsi e che sia perciò solo temporaneamente inidoneo allo svolgimento della propria attività lavorativa, di una provvidenza di natura assistenziale, esulante dai diritti di lavoro, atta a garantire la soddisfazione delle esigenze di vita del dipendente e della sua famiglia».

Anche in questo caso colpisce la freddezza di una lettura della vicenda in termini rigidamente giuridico-formali rispetto alla "calda" dimensione umana. Si esclude che la sospensione in esame sia una sanzione, il che in termini dogmatici può essere corretto, ma facendo forza su tale dato di sistematica giuridica si finisce per obliterare totalmente la dimensione sostanziale della questione e la portata massimamente pregiudizievole ed afflittiva della misura, da cui consegue che l'assunzione di una decisione personale di natura intima ed etica, come quella di non vaccinarsi, porta il lavoratore a perdere ogni sostentamento economico, cioè quanto necessario per garantire allo stesso e alla sua famiglia, un'esistenza libera e dignitosa.

Una portata lesiva di tale drammatica concretezza non meritava di essere valutata, almeno come valore costituzionale da valutare nel bilanciamento con altri?

Ben diversamente la Corte costituzionale non ha seguito la strada dei valori e del loro bilanciamento ma ha imboccato il più asettico cammino della lettura civilistica delle questioni ad essa sottoposte. L'obbligo vaccinale entra nel sinallagma contrattuale, il lavoratore sceglie volontariamente di non adempiere a tale obbligo, risulta conseguentemente inidoneo allo svolgimento delle mansioni ad esso assegnate, il che rende pacifico e del tutto consequenziale il mancato diritto al conseguimento di ogni forma di retribuzione. È quindi tutto e solo una questione di corrispettività.

Eppure la stessa Corte ha evocato poi il concetto centrale, quello che avrebbe dovuto costituire oggetto di ben altra considerazione, cioè il principio solidaristico; ma lo ha richiamato solo per escludere che risultasse costituzionalmente obbligata la corresponsione a titolo solidaristico di una indennità assistenziale. Il lavoratore non si vaccina per scelta personale, intima, che attiene alla sua persona, alla sua visione del mondo, al suo sentire il suo corpo e la sua vita. Ma a fronte di ciò non scatta, secondo la Corte, una dimensione solidaristica minima, come la previsione di un assegno che assicuri un minimo vitale. È solo questione di obblighi contrattuali, di equilibrio contrattuale, dietro ai quali scompare la persona umana

dell'art. 2 Cost. e il suo necessario rispetto anche in presenza di trattamenti obbligatori di cui all'art. 32, comma 2, Cost.

Non si può sottrarsi dal vedere, dietro tanto rigore, una volontà di condanna, venendo nei fatti riservato ai non vaccinati un trattamento peggiore rispetto a quello di chi ha commesso reati, che possono essere anche particolarmente gravi. Ne viene fuori un risultato illogico e profondamente ingiusto.

7.3. Sull'incostituzionalità delle "sanzioni" lavoristiche

Se i due contenuti decisori vengono poi letti congiuntamente (esclusione sia del *repêchage* che dell'assegno alimentare) i nudi dati consequenziali dell'inadempimento all'obbligo vaccinale emergono nella loro portata radicale: allontanamento dal lavoro senza alternative e con perdita di ogni sostegno economico. Formalmente non sarà una sanzione, ma è difficile giudicarlo un assetto di interessi compatibile il quadro costituzionale.

Si tocca il cuore della nostra democrazia che sul lavoro - art. 1 Cost. - fonda tutto il suo impianto, cioè la forma di Stato. La valenza di tale richiamo è enorme, tanto che si è ritenuto trattarsi del «contributo più originale che l'Italia ha dato al costituzionalismo contemporaneo»⁴⁸, oltre alla unicità di tale formula sotto il profilo delle esperienze comparate. Una «supernorma», per dirla con Mortati⁴⁹, non solo criterio interpretativo di tutte le altre disposizioni, ma asse portante dell'intera trama costituzionale considerato il nesso inscindibile tra lavoro e dignità della persona⁵⁰.

Il concetto di dignità trova, infatti, il suo *ubi consistam* nelle condizioni di vita concrete e quotidiane delle persone, ossia, anzitutto, proprio nel lavoro. Ne è una

⁴⁸ T. Groppi, «Fondata sul lavoro». *Origini, significato, attualità della scelta dei Costituenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, n. 3 e ora in Id., *Menopeggio. La democrazia costituzionale nel XXI secolo*, Bologna, 2020, 76.

⁴⁹ C. Mortati, *Commento all'art. 1*, in *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 2.

⁵⁰ Il tema è stato posto dalla dottrina con sfumature diverse: G. Ferrara, *Il lavoro come fondamento della Repubblica e come connotazione della democrazia italiana*, in G. Casadio (a cura di), *I diritti sociali e del lavoro nella Costituzione italiana*, Roma, 2006, 199 ss.; M. Luciani, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2010, 628 ss.; G. Amato, *Una Repubblica fondata sul lavoro*, in *Astrid Rassegna*, 13 maggio 2011, 136 ampiamente citati da T. Groppi, *op cit.*

comprova l'art. 36 Cost.: «Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato e "in ogni caso" sufficiente ad assicurare a sé e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa». Grazie al lavoro l'individuo sviluppa la propria personalità, sia come individuo sia nelle formazioni sociali, e si sente parte integrante della società, tanto che chi «perde il lavoro, sente di aver perduto anche la sua dignità»⁵¹.

La scelta di campo è netta e implica una gerarchia valoriale di cui l'interprete, specialmente il legislatore, dovrebbe sempre tenere conto⁵². Ragione per la quale la durezza delle misure sanzionatorie nei confronti dei lavoratori non vaccinati, esclusi dal lavoro e privati integralmente della retribuzione, cioè della loro dignità, ci interroga sul livello di flessione dei principi costituzionali coinvolti e sull'impatto di tali misure in punto di tenuta e coesione sociale.

Non si può non cogliere lo stretto collegamento tra l'art. 32 Cost. - che a fronte dell'obbligatorietà per legge di un trattamento sanitario, fa salvi sempre e comunque «i limiti imposti dal rispetto della persona umana» - e l'art. 36 Cost. che attribuisce al lavoratore il diritto ad una retribuzione «in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa».

Ci si deve a questo punto chiedere se possa dirsi «libera e dignitosa la vita di chi si deve vaccinare per lavorare e arrivare a fine mese»⁵³. Pure in questo si è evidenziata la discriminazione palese tra chi ha potuto "permettersi" di non vaccinarsi e chi, invece, non ha avuto la possibilità di farlo. Così come, nei mesi precedenti, la discriminazione si è consumata tra chi ha potuto "permettersi" di sostituire il mancato *green pass* da vaccino con il *green pass* da tampone - previo pagamento di 15 euro ogni 48 ore, oltre al non indifferente "costo fisico e psichico" - e chi, invece, per ragioni economiche e logistiche ha dovuto, suo malgrado, "piegarsi".

⁵¹ L. Carlassare, *Solidarietà: un progetto politico*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, 1, 62.

⁵² A. Apostoli, *La dignità sociale come orizzonte della uguaglianza nell'ordinamento costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2019, 3, 21-22.

⁵³ A. Mangia, intervista, *Green pass, PNRR, Emergenza/"Così sono diventati tre strumenti politici di governo"*, su *ilsussidiario.net* del 9 febbraio 2022.

Sottrarsi alla forzata induzione all'adempimento dell'obbligo vaccinale ha, infatti, comportato per i lavoratori sospensione dalla retribuzione e da qualsiasi altro compenso o emolumento comunque denominato, ivi incluso l'assegno alimentare, misura che riveste natura assistenziale, per far fronte ai bisogni primari della vita, generalmente riconosciuta in caso di sospensione del rapporto di lavoro per motivi disciplinari o cautelari. Tanto che - se ne può cogliere l'effetto paradossale - l'assegno alimentare, negato con fermezza ai non vaccinati, è stato invece corrisposto, come insegna la Corte costituzionale (sent. 137 del 2021), ai condannati per i reati di associazione con finalità di terrorismo ed eversione dell'ordine democratico, associazione di tipo mafioso, strage ecc.

Su questi elementi paradossali si fondavano le ordinanze di remissione alla Corte costituzionale sopra richiamate, che argomentavano la non manifesta infondatezza sul concetto di dignità della persona che verrebbe incisa laddove si privasse la medesima, con misure eccessivamente sproporzionate, di ogni forma di sostentamento per far fronte ai bisogni primari della vita, non potendo il lavoratore neppure accedere a quegli istituti che lo tutelano nel caso di perdita dell'occupazione, né potendo fruire, in quanto in età lavorativa, di quelle provvidenze che presuppongono una determinata età anagrafica⁵⁴.

Dignità che è bene protetta da plurime previsioni costituzionali (2, 3, 36, 41), tra cui anche l'art. 32, per il quale «in nessun caso» l'obbligo ad un trattamento sanitario può violare «i limiti imposti dal rispetto della persona umana», limite che pare al giudice essere oltrepassato nella prospettiva di non potere assicurare a sé e alla propria famiglia neppure i mezzi di sostentamento minimi ed indispensabili, con gravi conseguenze del vivere quotidiano come ad esempio l'impossibilità di far fronte al pagamento del mutuo ipotecario con tutto ciò che ne comporta⁵⁵. Non mancavano provvedimenti dei giudici amministrativi che, in via cautelare,

⁵⁴ Trib. Brescia, sez. lavoro, 28/2/2022 (R.G. 151-1/2022) resa a fronte di ricorso ex art. 700 c.p.c. da parte di docenti della scuola.

⁵⁵ Trib. Catania, sez. lavoro, 14 marzo 2022 (R.G. 576/2022) resa a fronte di ricorso ex art. 700 c.p.c. da parte di personale sanitario.

riconoscevano l'assegno alimentare o l'intera retribuzione i lavoratori non vaccinati⁵⁶.

Ma la Corte costituzionale non ha saputo, o non ha voluto, percorrere questa strada, trincerandosi dietro una scarna motivazione incentrata su elementi formali che sorvolano sulla sostanza delle questioni.

8. La sanzione amministrativa di € 100 e le sue anomalie procedurali

Il quadro delle conseguenze della mancata vaccinazione obbligatoria si chiude con la previsione, ad opera dell'art. 4 *sexies* del decreto-legge n. 44 del 2021, così come introdotto dal decreto-legge n. 1 del 2022, di una vera e propria sanzione amministrativa di € 100 a carico di chi si sottragga all'obbligo vaccinale (ultra cinquantenni compresi). In questo caso la natura sanzionatoria è espressamente prevista dalla legge, anche se, per paradosso, ma invero a conferma delle considerazioni sin qui svolte, il profilo afflittivo e pregiudizievole per i singoli è maggiormente presente nelle sanzioni in precedenza esaminate, a prescindere dalla qualificazione ontologica delle stesse.

L'art. 1, comma 1 *bis*, del decreto-legge n. 162 del 2022 ha poi sospeso, fino al 30 giugno 2023, le attività e i procedimenti di irrogazione delle sanzioni di cui all'art. 4 *sexies* sopra richiamato, che rimane come previsione vigente ancorché allo stato inefficace.

La intervenuta sospensione della irrogazione e la non onerosità dell'importo della sanzione nulla tolgono invero all'importanza della previsione e alla conseguente necessità di una sua analisi. È chiaro l'intento della misura. Si è voluto introdurre una specifica sanzione punitiva per chi si sottrae all'obbligo vaccinale, a voler stigmatizzare l'illecito commesso e additare la colpevolezza dei non vaccinati. Si è cioè in presenza di una misura di forte valenza simbolica che dimostra e rinforza la precisa volontà di punire e additare alla pubblica opinione la colpa di chi non ha adempiuto.

⁵⁶ Tar Lazio, sez. V, 25/2/2022, n. 1234 che ha disposto, in via cautelare, l'erogazione del 50% della retribuzione in favore del dipendente pubblico; Tar Lazio, sez. V, 2/2/2022, n. 726 che, invece, ha disposto la retribuzione intera.

Ma c'è di più. Il meccanismo previsto per l'applicazione della sanzione presenta forti criticità sul piano del trattamento dei dati personali, ad ulteriore riprova della scarsa considerazione che tutta la normativa in materia ha avuto nei confronti della persona e dei suoi diritti.

In primo luogo, suscita non poche perplessità il forte coinvolgimento nel procedimento di irrogazione della sanzione pecuniaria a carico dei non vaccinati di un soggetto estraneo all'ambito istituzionale di tutela della salute come l'Agenzia delle Entrate/Riscossione.

L'Agenzia è deputata a svolgere funzioni di riscossione nazionale e viene qui coinvolta nelle varie fasi del procedimento sanzionatorio: riceve dal Ministero della Salute l'elenco dei non vaccinati e provvede ad effettuare la comunicazione di avvio del procedimento sanzionatorio (comma 4), interloquisce con la ASL territorialmente competente per accertare l'esito della istruttoria (comma 5), irroga la sanzione con l'avviso di addebito, che ha anche efficacia di titolo esecutivo (comma 6), è legittimato passivo del giudizio di opposizione alla sanzione (comma 7). Compiti che vanno ben al là della sua natura di esattore e che si giustificano con difficoltà in capo a soggetto non titolare di competenze in materia sanitaria.

Il legislatore, probabilmente consapevole della difficoltà di imputare all'Agenzia delle Entrate-Riscossione compiti sanzionatori correlati strettamente alla salute, cerca di intestare formalmente i compiti, pur assegnati a tale Agenzia, al Ministero della Salute. Così al comma 3 afferma che "l'irrogazione della sanzione di cui al comma 1, nella misura ivi stabilita, è effettuata dal Ministero della Salute, per il tramite dell'Agenzia delle Entrate-Riscossione"; si cerca di far passare l'Agenzia come una *longa manus* del Ministero; ma al comma 6, al momento della disciplina del provvedimento di irrogazione, non vi è alcuno spazio all'intervento ministeriale (è l'Agenzia che notifica l'avviso di addebito con valore di titolo esecutivo).

Allo stesso modo, al comma 4, nel disciplinare l'avvio del procedimento sanzionatorio, si afferma che "il Ministero della Salute, avvalendosi dell'Agenzia delle Entrate-Riscossione comunica ai soggetti inadempienti l'avvio del

procedimento sanzionatorio”; anche qui, con richiamo all’istituto dell’avvalimento di altri uffici, si mira a recuperare un ruolo al Ministero, che non ha però spazio alcuno del sub-procedimento di avvio del procedimento come disciplinato dal comma 4 medesimo.

Quindi nonostante il “*maquillage*” si ha un ruolo decisivo dell’Agenzia delle Entrate-Riscossione nel procedimento di irrogazione della sanzione amministrativa *de qua*, suscitando forti perplessità alla luce della natura dei dati trattati.

D’altra parte si tratta di scelta senza precedente. Il decreto-legge n. 73 del 2017 (c.d. Lorenzin) aveva previsto che l’istruttoria del mancato assolvimento dell’obbligo vaccinale venisse condotta dalla ASL e che accertamento, contestazione e irrogazione fossero posti in essere da organi individuati a livello regionale, stante la competenza regionale in materia di salute. È evidente la rottura di tale modello rappresentata dalla scelta di concentrare rilevanti compiti procedurali in capo ad ente pubblico economico avente funzione di esattore nazionale, quindi del tutto estraneo all’ambito sanitario.

Anche la procedura di irrogazione della sanzione merita una chiosa. Una volta predisposta dal Ministero della Sanità la lista dei non vaccinati, il Ministero, non in proprio ma “avvalendosi dell’Agenzia delle Entrate-Riscossione”, comunica agli interessati l’avvio del procedimento sanzionatorio. Il compito è assolto dall’Agenzia delle Entrate-Riscossione che da un lato effettua agli interessati la comunicazione di avvio e dall’altro indica agli stessi che potranno far presente di essere in possesso di certificazione di differimento o esenzione dall’obbligo vaccinale ovvero di assoluta e oggettiva impossibilità di vaccinarsi, comunicando ciò (non all’Agenzia) ma alla ASL competente per territorio e informando però di ciò (cioè dell’aver presentato documentazione alla ASL) l’Agenzia delle Entrate-Riscossione. Entrambe le comunicazioni dell’interessato (alla ASL e all’Agenzia) devono avvenire nel termine perentorio di 10 giorni dalla ricezione della comunicazione di avvio del procedimento.

Il procedimento presenta numerose anomalie:

- a) la comunicazione di avvio è effettuata dall’Agenzia, che quindi viene nella disponibilità, e nella conoscenza, di un vastissimo ambito di dati personali sensibili, senza però che l’Agenzia stessa abbia un vero ruolo nella fase medesima, poiché il contraddittorio di merito si svolge tutto tra interessato e ASL competente per territorio;
- b) si crea un meccanismo molto complicato per l’interessato: riceve la comunicazione dall’Agenzia, deve inviare le sue osservazioni alla ASL competente per territorio e non al soggetto che gli ha effettuato la comunicazione, in aggiunta deve però anche inviare una informativa all’Agenzia circa l’aver inviato alla ASL competente la documentazione e le osservazioni che riguardano il suo stato vaccinale (in questo caso una mera informazione di aver inviato qualcosa, senza specificare quali sono le esatte informazioni fornite alla ASL);
- c) l’interessato deve effettuare la doppia informativa entro “il termine perentorio di dieci giorni” dalla ricezione della comunicazione di avvio del procedimento: termine palesemente inadeguato, stante le necessità di attivarsi da parte dell’interessato per reperire tutta la documentazione necessaria.

L’accertamento della sussistenza di eventuali cause esonerative dall’obbligo avviene nel contraddittorio tra interessato e ASL e si conclude o con l’accertamento della insussistenza dell’obbligo vaccinale (che la ASL comunica a Agenzia delle Entrate-Riscossione) ovvero, in assenza di ciò, con l’irrogazione della sanzione di Agenzia delle Entrate-Riscossione. La sostanziale funzione di accertamento nel merito della sussistenza o meno dell’obbligo vaccinale è in mano alla ASL. A fronte di ciò c’è da interrogarsi se il coinvolgimento di Agenzia delle Entrate-Riscossione già in sede di avvio del procedimento (con la conoscenza dell’intero elenco dei non vaccinati, compresi quelli che non saranno poi sanzionati, in esito al contraddittorio con ASL) sia rispondente al principio di minimizzazione del trattamento dati personali. Singolare anche la irrogazione della sanzione da parte di un ente pubblico economico del tutto estraneo all’ambito sanitario; se la sanzione fosse irrogata dalla ASL (o soggetto individuato a livello regionale) l’Agenzia delle

Entrate/Riscossione verrebbe a trattare soltanto i dati dei non adempienti rispetto al pagamento della sanzione, in conformità alla sua natura di esattore.

Il Garante per la tutela dei dati personali, nel parere del 18 febbraio 2022, ha affrontato la questione della tutela dei dati personali nell'ambito del complesso procedimento di irrogazione delle sanzioni per violazioni dell'obbligo vaccinale, mirando a introdurre misure di mitigazione a tutela della riservatezza e della minimizzazione del trattamento dei dati. Nel parere stesso si dà atto che in sede di DPCM sono state introdotti accorgimenti, su espressa richiesta del Garante, volti a mitigare l'impatto del procedimento sanzionatorio sul trattamento dati. In particolare: a) è stato previsto che le Asl competenti per territorio adottino misure tecniche e organizzative idonee ad assicurare l'integrità e la riservatezza dei dati contenuti nelle comunicazioni che l'interessato, destinatario dell'avvio del procedimento sanzionatorio, deve effettuare nei loro confronti per documentare l'eventuale certificazione relativa al differimento o all'esenzione dall'obbligo vaccinale, ovvero altra ragione di assoluta e oggettiva impossibilità; b) è stato previsto che i soggetti destinatari dell'avvio del procedimento sanzionatorio diano notizia all'Agenzia delle entrate-Riscossione della sola avvenuta presentazione della predetta comunicazione all'Asl con modalità idonee ad assicurare il rispetto del principio di minimizzazione dei dati di cui all'art. 5, par. 1, lett. c), del Regolamento; c) è stato previsto l'impiego di specifiche e adeguate misure per assicurare che la comunicazione telematica tra l'Asl e l'AdeR circa l'eventuale attestazione relativa all'insussistenza dell'obbligo vaccinale o all'impossibilità di adempiervi avvenga nel rispetto del richiamato principio di integrità e riservatezza (art. 5, par. 1, lett. f), del Regolamento); d) è stato previsto l'impiego di specifiche e adeguate misure per assicurare che la comunicazione tra l'Agenzia e il Ministero della salute dell'elenco dei soggetti per i quali non è stato prodotto l'avviso di addebito indichi esclusivamente l'insussistenza dell'obbligo vaccinale o l'impossibilità di adempiervi, senza contenere informazioni idonee a rivelare lo stato di salute dell'interessato, nel rispetto del richiamato principio di minimizzazione dei dati.

L'intervento del Garante ha consentito, a norme date, di attenuare l'impatto che il procedimento sanzionatorio avrebbe potuto avere sulla tutela dei dati personali, attenuando la portata altrimenti dirompente della procedura stessa.

9. Conclusioni.

Gli obblighi vaccinali contro il Covid-19 hanno passato indenni la verifica di costituzionalità della Corte costituzionale ma non senza una certa forzatura rispetto al quadro costituzionale di legittimità degli obblighi vaccinali in precedenza elaborato dalla stessa Corte.

I profili critici sono tanti anche sullo specifico versante delle conseguenze del mancato rispetto dell'obbligo vaccinale, come si è cercato di illustrare. Si è abusato dello strumento del *green pass* alterandone la stessa natura rispetto al dettato europeo e facendone uno strumento che ha comportato nei fatti discriminazioni e lesioni dei diritti dell'individuo. Si sono introdotti obblighi vaccinali correlando agli stessi conseguenze pesantissime sul piano lavorativo, senza tenere in sufficiente considerazione i biunivoci profili solidaristici, la possibile ricerca di punti di bilanciamento più equi, persino l'esigenza di riconoscimento di un minimo economico vitale per il sostentamento delle famiglie. Si sono introdotte sanzioni pecuniarie applicate con logiche che non hanno tenuto debitamente conto del rispetto della dignità delle persone e con incongruenze rispetto alla disciplina dei dati personali.

Come provare a interpretare queste decisioni, tanto attese quanto forse scontate nei loro esiti?

Si può presumere che la Corte, in una situazione di emergenza, abbia finito per legittimare una gestione ispirata al principio di necessità e così facendo abbia smentito o superato la propria costante e ragionevole giurisprudenza costruita in decenni di non emergenza.

Così come si può ritenere che i frettolosi criteri argomentativi utilizzati per legittimare la costruzione normativa in tempi emergenziali debbano essere letti ed utilizzati solo alla luce di quella specifica e davvero eccezionale situazione e che,

dunque, una volta passata, l'orientamento più rigoroso e garantista pre-pandemia possa finalmente riespandersi.

Si tratta di una lettura certo possibile e, in un qualche modo, tranquillizzante, anche se si tratta precedenti che giuridicamente pesano molto e che aprono breccie dagli esiti ad oggi imprevedibili.

dirittifondamentali.it

LA COSTITUZIONE DELLA PERSONA E IL COSTITUZIONALISMO DEL MONDO GLOBALE.

Aspetti problematici di una tensione già esistente tra Costituzione della libertà ed esercizio del potere pubblico.

di

Vincenzo Baldini*

1. Siamo nella temperie di un cambiamento universale che sta sempre di più trasformando condizioni e forme della vita individuale come anche il *modus vivendi* comune.

L'esperienza del tempo presente, come un magma inarrestabile, rimodella ogni aspetto della vita sociale, da quello culturale a quello etico e politico e in tale temperie finisce per dissolversi anche ogni aspettativa di rinvenire un minimo di omogeneità sociale all'interno della comunità statale.

I tratti di un tale cambiamento si riconoscono nell'avvento di un pluralismo etnico e religioso fino al dominio incrementale della tecnologia nella vita individuale e comune, passando per la nascita di nuovi modelli e formazioni sociali basate sul vincolo affettivo.

Il tumultuoso sviluppo del progresso sta segnando, da Internet in poi, un profondo rinnovamento oltre che dei costumi, anche dei bisogni sociali, a partire dal bisogno di conoscenza che giunge a delineare i contorni di una *Wissensgesellschaft*, in cui la conoscenza stessa si erge a fattore più importante nel processo di produzione. La conoscenza innalza certo il livello di efficienza dell'azione amministrativa, tanto nella sfera dei servizi come in quella della sicurezza, di contro, il profluvio di dati posti in circolazione solleva un problema di costituzionalità in relazione, principalmente, alla tutela del diritto individuale all'autodeterminazione in

materia. Da ultimo, un'attenzione crescente riscuote la tutela di Beni e interessi comuni -clima, biodiversità, etc.- apparsi fortemente pregiudicati dalla condotta dell'uomo.

Quello dell'emergenza (climatica, energetica, sanitaria) è diventato perciò una tema strutturale delle strategie contemporanee di azione politica, non soltanto -o, potrebbe dirsi, non principalmente- a livello nazionale. Il bisogno di assicurare la cura di tali Beni, la cui preservazione vale a garantire anche l'esistenza delle future generazioni, assume una portata globale ed è affidato essenzialmente a strategie di governo mondiale, alla guida del quale sono organismi internazionali di valenza precipuamente tecnico-scientifica (WTO, OMS), rispetto a cui le decisioni interne agli Stati assumono essenzialmente natura esecutiva. In questa forma di tecnocrazia globale scompare agli occhi del singolo la dimensione politica comunque connessa alle decisioni assunte da tali organismi, pur sprovvisti di ogni adeguata legittimazione democratica. Tanto concorre a segnare, oltre a un declino dell'intensità delle singole politiche nazionali, il tramonto di un modello di democrazia basata sull'essenzialità del confronto dialogico pluralistico all'interno delle Assemblee rappresentative come propedeutico alla decisione razionale. Il transito è verso un modello essenzialmente tecnocratico e decisionista, che condiziona tale razionalità alle acquisizioni tecniche degli organismi scientifici, concorrendosi così a favorire il maggior distacco tra sistema politico e società civile. Nella complessità di tale esperienza sembra emergere con chiarezza la progressiva crescita di interessi unitari, per la cui tutela anche la nostra Carta costituzionale è stata oggetto di revisione (artt. 9 e 41 Cost.). Tale crescita, ad ogni modo, non si combina sempre in un ottimo paretiano con la garanzia dei diritti individuali e, anzi, si pone sovente in una tensione permanente con questi ultimi. Dalle vicende della pandemia in poi il modello di normazione emergenziale che si è andato sperimentando consolida una complementarità funzionale dei diritti rispetto alla primarietà accordata alla tutela di interessi unitari, lasciando emergere le linee di un nuovo assetto di rapporti tra sfera dell'autorità e sfera della libertà. In quest'ottica, si va affermando una sorta di sostenibilità funzionale dell'esercizio di

diritti e libertà costituzionali, per cui al potere spetta definire, di esso, presupposti e condizioni.

All'esercizio dell'autorità si annoda, del resto, una sorta di rinascita di consapevolezza delle ragioni dell'interesse nazionale a cui fa capo, in ultima analisi, la cura di Beni e interessi costituzionali generali, anche oltre ogni attenzione alla tutela dell'interesse particolare. In quest'ottica il sacrificio dei diritti individuali risulterebbe tanto più legittimo allorquando l'interesse in concorso risulti di portata globale coinvolgendo, nella strategia di sua difesa, l'intera (o quasi) comunità internazionale.

2. Questa esperienza dischiude un orizzonte ordinamentale anche inedito, in cui la forza normativa della Costituzione sembra flettersi oltre il possibile alla realtà in trasformazione giungendosi persino a delineare una funzionalizzazione di libertà naturali¹, per le quali non spetta al legislatore, di regola, definirne contenuti e caratteri. La questione di fondo, allora, è se i tratti di tale esperienza e le linee di tendenza che ne derivano possano dirsi coerenti con una Costituzione, come la nostra, radicata sul primato dell'istanza personalista.

Ogni Costituzione, si sa, coltiva un'aspirazione all'eternità e, per questo, va interpretata in modo dinamico, così da adattarla ai paradigmi della realtà. Ciò, può dirsi, vale in particolare per la parte relativa ai diritti fondamentali, che è quella che soprattutto risente della trasformazione dei rapporti sociali. Nondimeno, una questione costituzionale non è una questione politica (come ricordava anche *Konrad Hesse*)² e la forza normativa della Legge fondamentale non può essere compromessa dal confronto con le dinamiche del reale. Costituzione giuridica e realtà hanno necessariamente punti di intersezione, tuttavia, la forza performativa della realtà, in ambito giuridico-costituzionale, è destinata ad incontrare un limite insuperabile nella sostanza normativa della Costituzione, delle sue singole

¹ Così, T. Kingreen, R. Poscher, *Die Ausgestaltung von Grundrechten*, in *JZ*, 2022, p. 961 ss., part. p. 963 ss.

² K. Hesse, *Die normative Kraft der Verfassung*, Tübingen, 1959, p. 16.

previsioni come anche dei suoi principi fondamentali. Tale consistenza normativa non può essere sacrificata sull'altare della trasformazione sociale³.

3. L'insuperabilità del dato normativo sancisce, dunque, il limite ultimo di interferenza della condizione reale sullo sviluppo della Costituzione. Se l'esperienza ordinamentale presente si dispiega lungo un crinale poco attento alle ragioni della persona, della sua dignità e/o del suo pieno sviluppo, come alcune recenti vicende hanno dimostrato e dimostrano tuttora, occorre chiedersi se possa la stessa trovare un valido supporto nell'ordito costituzionale vigente.

Per rispondere a tale interrogativo occorre muovere partendo dalla premessa di metodo (esegetico) del "pensare secondo Costituzione" (R. Wahl). In tale ordine di idee, dignità umana e sociale, pieno sviluppo della persona, eguaglianza, autodeterminazione individuale appaiono cardini irrinunciabili dell'identità della Costituzione normativa, insuscettibili di subire compressioni irragionevoli o vulnerazioni attraverso l'esercizio del potere. In particolare, poi, nessuna deroga può giustificarsi all'imperativo kantiano, che è il senso ultimo del principio di dignità umana, di trattare l'uomo sempre come fine e mai come mezzo dell'azione politica. In tale imperativo si condensa -può dirsi- il nucleo irriducibile, oltre che l'essenza ultima, del valore personalista.

Organizzare la vita comune secondo un ordine che conferisca prevalenza alla tutela degli interessi generali su quelli individuali, vorrebbe dire costituzionalizzare l'esercizio dell'autorità come regola ordinaria, rispetto a cui a risultare bisognoso di giustificazione finirebbe per essere, allora, l'esercizio di diritti e libertà (non più) fondamentali. Ciò si renderebbe possibile unicamente muovendosi dalla premessa che alla base è una diversa norma pre-supposta, una nuova *Grundnorm* in grado di giustificare revisioni costituzionali nella direzione finora descritta.

In conclusione, una profonda alterazione o un reale ribaltamento della relazione costituzionale tra libertà, diritti e potere apre scenari inediti di un processo

³ K. Hesse, *Die normative Kraft der Verfassung*, Tübingen, 1959, p. 16.

effettivamente costituente, che si svolge per fasi di avanzamento ed è governato da poteri “costituiti”. Un processo costituente in cui paradossalmente finisce per mancare la decisione diretta del popolo sui caratteri del nuovo ordine.

dirittifondamentali.it

Dovere di difesa della Patria e patto sociale tra “Amministrazione della difesa e cittadino”: l’alba di una nuova responsabilità da c.d. “ingegneria sociale”?

di

Alessandra Amore*

Sommario: 1. Il dovere di difesa della Patria e il rapporto autorità-libertà tra Amministrazione e cittadino: premesse metodologiche. - 2. I rimedi riparatori in ipotesi di militare danneggiato dall’esposizione all’uranio per fatti di servizio: la linea “sottile” tra gli elementi peculiari della domanda risarcitoria e quelli dell’indennizzo. -2.1 L’ambigua natura oggettiva o contrattuale dell’Amministrazione della difesa in ipotesi di domanda risarcitoria. -3. L’evento base della responsabilità dell’Amministrazione della difesa: l’atto amministrativo legittimo o l’attività amministrativa. -4. La (l’in)certa natura della responsabilità da atto legittimo o da attività lecita dell’Amministrazione della difesa come c.d. “oggettiva”? -5. Considerazioni conclusive: una nuova responsabilità da c.d. “ingegneria sociale”.

1. Il dovere di difesa della Patria e il rapporto autorità-libertà tra Amministrazione e cittadino: premesse metodologiche.

“Ho cominciato un tema moderno, una barricata (...) e, se non ho combattuto per la patria, almeno dipingerò per essa”. Queste parole, dense di significato, si leggono nella lettera scritta da Delacroix al fratello riferendosi proprio alla sua opera “Libertà che guida il popolo”.

L’opera d’arte in questione - realizzata nel 1830 - raffigura le c.d. “tre gloriose giornate”, ossia la ribellione del popolo francese contro l’autorità regia, e tutte le classi sociali unite da un comune obiettivo: lottare contro l’oppressore.

* Assegnista di ricerca presso l’Università degli studi di Palermo.

Delacroix, quindi, realizza un'opera che può - parafrasando Argan - esser definita come "il primo quadro politico nella storia della pittura moderna", la cui rilevante importanza è dovuta al suo contenuto acutamente simbolico e celebrativo della libertà, del patriottismo, e della centralità del popolo nella costruzione di una Nazione.

Ma la Marianne, simbolo della Libertà, rievoca alla mente anche quella Rivoluzione francese che, impersonata in Rousseau e in Sieyès, proclamava apoditticamente il diritto del popolo di costituire lo Stato e governarlo.

È la sovranità popolare la "nuova deità" che ispira la rivoluzione democratica del nostro pensiero, in cui si innerva il senso di appartenenza e il dovere del popolo di difendere il proprio Stato (c.d. dovere di difesa della patria).

Il servizio militare, difatti, si qualifica, secondo la dottrina francese dell'Ottocento, "*un service natiolae et honorable reso dai cittadini pour l'intérêt et la défense du pays*", fermo restando che è compito della legge individuare un sistema di garanzie in favore del militare¹.

Volgendo lo sguardo - poi - al panorama italiano e, in particolare, ai lavori preparatori dell'Assemblea costituente «La difesa della Patria è sacro dovere del cittadino: queste sono parole da fondersi nel bronzo o da scolpirsi nel marmo, parole che noi vorremmo penetrate così nella coscienza del nostro popolo da non doversi mai più discutere su di esse (...). La Patria non è più la matrigna che il fascismo aveva tentato di creare, ma è la madre generosa che accetta ed accoglie tutti i suoi figli con identico animo»².

E così, dopo l'approvazione della Carta costituzionale l'art. 52 Cost. recita: "La difesa della Patria è sacro dovere del cittadino (1 comma) e il servizio militare è obbligatorio nei limiti e modi stabiliti dalla legge" (2° comma)³. Esso è collocato nel

¹ M. F. LAFERRIERE, *Cours de droit public ed administratif*, IV ed., I, Paris, 1854, 556 ss.

² Per un'accurata riflessione in ordine ai lavori preparatori dell'Assemblea costituente si rinvia a G. MAZZARITA, *Guerra vietata, legittima e necessaria*, in *www.federalismi.it*, 22, 2022.

³ Nel comma 2 dell'art. 52 Cost. vi sarebbe cristallizzata una riserva c.d. rinforzata, «il cui contenuto essenziale comprende l'obbligatorietà appunto del servizio militare», cfr. F. PIZZOLATO, *Servizio militare professionale e Costituzione*, in *Quad. cost.*, 4, 2002, 779. Per quanto concerne invece il carattere strumentale dell'obbligo del servizio militare rispetto al dovere di difesa della Patria, ex art. 52, co. 1, Cost., in dottrina si rinvia a: P. D'AMELIO, *Leva militare*, in

Titolo IV intitolato “Rapporti politici” e configura un dovere di cittadinanza volto a preservare l’assetto costituzionale su cui si erge la Repubblica.

La difesa costituisce espressione di quella fedeltà alla Repubblica «nella quale si racchiude ed esprime l’*idem sentire de re publica*» che garantisce l’adempimento del dovere in esame⁴. In tal senso depone la Corte costituzionale quando afferma: il «dovere di difesa della Patria, specificazione del più generico dovere di fedeltà alla Repubblica e di obbedienza alla Costituzione e alle leggi, contempla in primo luogo il dovere militare, organizzato nelle forze armate, a presidio dell’indipendenza e libertà della nazione»⁵.

Il dovere in esame definito «sacro (e quindi di ordine eminentemente morale), si collega intimamente e indissolubilmente alla appartenenza alla comunità nazionale identificata nella Repubblica italiana (e perciò alla cittadinanza) (...)»⁶.

Enc. dir., XXIV, Milano, 1974, 190-191; G. LOMBARDI, *Dovere di difesa, servizio militare e status di cittadino*, in *Giur. cost.*, 1967, 346; A. BOLDETTI - G. PAGANETTO, *Norme di principio sulla disciplina militare e libertà costituzionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, 515; D. NOCILLA, *Servizio militare femminile e Costituzione*, in *Diritto e società*, 1981, 167.

⁴ F. POLACCHINI, *Il servizio civile universale: verso un nuovo concetto di patria e cittadinanza*, in *www.aic.it.*, 3, 2017, 3 ss. Per ulteriori approfondimenti in ordine al concetto di fedeltà, la letteratura è sterminata, senza alcuna pretesa di esaustività, si rinvia a: L. VENTURA, *La fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano, 1984, 50 ss.; A. CERRI, *Fedeltà (dovere di)*, in *Enc. giur.*, XIV, 1989, 1 ss.; A. MORELLI, *Il dovere di fedeltà alla Repubblica*, in R. BALDUZZI - M. CAVINO - E. GROSSO - J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali*, 2007, 140 ss.; Id., *I paradossi della fedeltà della Repubblica*, Giuffrè, Milano, 2013, 75 ss.

⁵ Corte cost., 12 aprile 1967, n. 53, in *www.cortecostituzionale.it*. In ordine alla definizione di forze armate: G. LANDI - F. VALORI, *Difesa, I - difesa nazionale, a) Amministrazione della difesa*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964; S. LABRIOLA, *Difesa nazionale e sicurezza dello Stato nel diritto pubblico italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, 904 ss.; P. BONETTI, *Ordinamento della difesa nazionale e Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 2000, 17 ss.

⁶ Corte cost., 12 aprile 1967, n. 53, cit. Per ulteriori approfondimenti in tema di doveri costituzionali: In via generale, sul tema dei doveri costituzionali, si rinvia a G.M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1967; C. CARBONE, *I doveri pubblici individuali nella Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1968. Più di recente: F. GIUFFRÈ, *I doveri di solidarietà sociale*, in R. BALDUZZI - M. CAVINO - E. GROSSO - J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*. Atti del convegno di Acqui Terme-Alessandria svoltosi il 9-10 giugno 2006, Giappichelli, Torino, 2007; F. PIZZOLATO e C. BUZZACCHI, *Doveri costituzionali*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2008; B. DE MARIA, *Etica repubblicana e costituzione dei doveri*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013; F. POLACCHINI, *I doveri inderogabili di solidarietà*, in L. MEZZETTI, *Diritti e doveri*, Giappichelli, Torino, 2013; F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Editoriale scientifica, Napoli, 2014; A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in L. VENTURA - A. MORELLI (a cura di), *Principi costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2016; F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bononia University Press, Bologna, 2016.

Senonché, nel corso degli anni, proprio la necessità di preservare l'assetto costituzionale ha legittimato la compressione dei diritti fondamentali riconosciuti ai militari, configurando un regime derogatorio della disciplina ordinaria e di eccezionalità innovativa. Il cittadino che entra a far parte delle Forze armate, dunque, instaura un rapporto con l'Amministrazione connotato da una supremazia accentuata dello Stato, da un lato, e dalla soggezione personale alle decisioni amministrative, dall'altro.

Il carattere squisitamente peculiare di tale rapporto si sostanzia nell'obbedienza c.d. "passiva" del militare tenuto ad adempiere ai doveri fissati dalle norme generali e a dare immediata esecuzione ai singoli ordini del superiore; con la conseguenza che il militare incorrerebbe in sanzioni disciplinari per violazione dei doveri tipici del rapporto di servizio, fatte salve le ipotesi in cui i comandi impartiti richiedano azioni delittuose e/o irragionevoli e/o estranee al servizio.

Purtuttavia, nel corso del tempo in un contesto di "disordine internazionale", connotato da guerre asimmetriche, una parte della dottrina ritiene di dover omologare il concetto di difesa della Patria a quello internazionale, «riferendosi esclusivamente ad un attacco armato ai sensi dell'art. 51 della Carta ONU» ovvero a un'idea di «difesa come funzione pubblica che si concreta in un'attività di contrasto, anche violento, a aggressioni e offese»⁷. E così in tale panorama, come si

⁷ A. BARONE, *La difesa nazionale nella Costituzione*, in *Dem. dir.*, 1987, 665 ss. Secondo altra parte della dottrina il dovere in esame va circoscritto a situazioni di "guerra" dichiarate nel rispetto degli artt. 78 e 87 Cost., cfr.: E. BETTINELLI, *Commento sub art. 52 Cost.*, in *Commentario della Costituzione* (a cura di) G. BRANCA - A. PIZZORUSSO, Zanichelli, Bologna, 1992, 76 ss.; G. LOMBARDI, *I doveri costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1967, 244; G. LANDI, voce *Forze armate*, in *Enc. dir.*, XVIII, Giuffrè, Milano, 1969, 21 ss. Ancora, G. MARAZZITA, *Guerra vietata, legittima e necessaria*, in *www.federalismi.it.*, 22, 2022, 75. G. DE VERGOTTINI, *Il "ripudio della guerra", il divieto dell'uso della forza l'invio delle missioni militari all'estero*, in *L'articolo 11 della Costituzione* (a cura di) N. RONZITTI, Napoli, 2013, 31 ss. Ancora, si rinvia a: G. DE VERGOTTINI, *Guerra, difesa e sicurezza nella Costituzione e nella prassi*, in *www.aic.it.*, 2, 2017, 4, l'A. afferma che «gli interventi armati devono rispettare una lettura bilanciata di tutte le clausole dell'articolo 11» Cost. *Ex multis*: Id., *Costituzione e regole di ingaggio*, in *Rassegna parlamentare*, 1, 2000, 53 ss. Per ulteriori approfondimenti, invece, in ordine all'art. 11 Cost., cfr.: A. AMORTH, *La Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1948, 46-47; G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1965, 493; G. FERRARI, *Guerra (stato di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Giuffrè, Milano, 1970, 829 ss.; A. CASSESE, *Commento all'articolo 11*, in *Commentario della Costituzione*, (a cura di) G. BRANCA, Zanichelli, Bologna, 1975, 565 ss.; S. LABRIOLA, *Difesa nazionale e sicurezza dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, 936 ss.; P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1982, 254-

proverà a mettere in luce nel corso del lavoro, se da un lato, la relazione tra Stato e cittadino (potere pubblico-sfera privata) perde il suo connotato tradizionale. Dall'altro, non si può rimanere miopi dinanzi alle situazioni in cui durante l'espletamento del servizio il militare subisca dei danni, per aver tutelato l'interesse pubblico prevalente.

Così chiarito, muovendo dall'assunto secondo il quale l'Amministrazione è tenuta a riparare "la subordinazione dell'interesse privato all'interesse pubblico", le considerazioni che qui si proverà a svolgere mirano ad analizzare la fattispecie di responsabilità che sorge in capo all'Amministrazione della difesa nell'ipotesi in cui il militare dovesse subire un danno durante l'espletamento del proprio servizio.

Per fare ciò, muovendo da un'interpretazione estensiva del concetto di difesa, intendendo tale anche quella esercitabile per proteggere comunità umane (i.e. missione in Kosovo e in Libia⁸), si proverà: nella prima parte a tracciare la "linea sottile" di confine tra la responsabilità extracontrattuale o contrattuale e la responsabilità da attività lecita o da atto legittimo dell'Amministrazione della difesa, in ipotesi di danno cagionato al militare per l'esposizione a uranio, durante l'espletamento di fatti di servizio. Nella seconda parte, invece, si analizzerà il rapporto tra Amministrazione – militare, indispensabile per comprendere se il modello di responsabilità da atto legittimo o da attività lecita risulti ancorato a

255. Di recente, molto interessante la tesi di R. URSI, *L'amministrazione militare*, Giappichelli, Torino, 2018, 349.

⁸ G. DE VERGOTTINI, *Costituzione e missioni militari all'estero*, in *www.federalismi.it.*, 1, 2019, 18. Sul punto, secondo l'art. 43 TUE le missioni da decidersi dalla Unione europea «comprendono le azioni congiunte in materia di disarmo, le missioni umanitarie e di soccorso, le missioni di consulenza e assistenza in materia militare, le missioni di prevenzione dei conflitti e di mantenimento della pace (...)». E le missioni di politica estera e sicurezza nazionale evocano alla mente il ruolo assolto dagli Stati in sede di cooperazione internazionale a presidio della libertà del singolo. «La libertà del bisogno si articola nel diritto alla "sicurezza sociale" (art. 22); in una serie di diritti economici, sociali e culturali indispensabili alla dignità della persona e al libero sviluppo della sua personalità, anche attraverso la cooperazione internazionale e l'organizzazione interna di ciascun Stato (art. 23) in molteplici diritti di protezione sociale (art. 25) e infine in quel singolare diritto di ogni individuo ad un ordine sociale e internazionale nel quale i diritti e le libertà enunciati nella Dichiarazione possano essere pienamente realizzati (art. 28)...», cfr.: G. DE GIORGI CEZZI, *La libertà della paura. Verso nuove forme di libertà per le collettività*, in *www.federalismi.it.*, 6, 2020, 213.

criteri sociologici ovvero si possa qualificare come una responsabilità c.d. oggettiva o da c.d. "ingegneria sociale", ex art. 2 Cost.

2.I rimedi riparatori in ipotesi di militare danneggiato dall'esposizione all'uranio per fatti di servizio: la linea "sottile" tra gli elementi peculiari della domanda risarcitoria e quelli dell'indennizzo.

Nel corso del tempo, come già accennato, il concetto di guerra è stato aggiornato «con quello più ampio di conflitto armato nel cui ambito la guerra rimane l'ipotesi estrema per intensità della applicazione della forza»⁹. Tale inciso ha condotto a optare per una lettura estensiva del concetto di difesa «intendendo tale anche quella esercitabile per proteggere comunità umane stanziato sul territorio di altri Stati e minacciate di sterminio da parte del locale potere territoriale» (si pensi alle missioni in Kosovo e in Libia). E proprio il ricorso costante alle missioni di politica estera e di sicurezza italiana ha richiesto interventi legislativi incisivi, (v. la legge n. 145 del 2016; gli artt. 88 e 89 de d.lgs. n. 66 del 2010), anche con riferimento a forme risarcitorie o di indennizzo per i danni patiti dal militare.

Tale ultima considerazione suggerisce di riflettere intorno a uno degli aspetti maggiormente salienti e dibattuti nel tema in esame, qual è la natura della responsabilità dell'Amministrazione della difesa in ipotesi di militare danneggiato a seguito dell'esposizione a uranio durante l'espletamento del proprio servizio.

Sul punto è noto che l'art. 1079 del d.P.R. del 15 marzo del 2010, n. 90, recante "Testo unico delle disposizioni regolamentari in materia di ordinamento militare, a norma dell'art. 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246", riconosca ai soggetti espressamente indicati dal legislatore, che abbiano contratto menomazioni dell'integrità psicofisica permanentemente invalidati o da cui sia conseguito il decesso, una somma di denaro, «qualora l'esposizione e l'utilizzo di proiettili all'uranio impoverito e la dispersione nell'ambiente di nanoparticelle di minerali pesanti (...) abbiano costituito la causa ovvero la concausa efficiente e determinante

⁹ G. DE VERGOTTINI, *Costituzione e missioni militari all'estero, o. u. c.*, 18.

delle menomazioni»¹⁰. In tale caso, come frequentemente affermato dalla giurisprudenza amministrativa, «il militare interessato a percepire la speciale elargizione di cui al richiamato [art. 1079 D.P.R. n. 90 del 2010](#) non è tenuto a dimostrare l'esistenza di un nesso eziologico fra esposizione all'uranio impoverito (o ad altri metalli pesanti) e neoplasia»¹¹.

Siffatto accertamento deve essere effettuato solo ove il danneggiato abbia presentato una domanda risarcitoria, ossia ritenga che l'Amministrazione abbia tenuto una condotta illecita «consistente nella colpevole esposizione del dipendente ad una comprovata fonte di rischio in assenza di adeguate forme di protezione, con conseguente contrazione di infermità»¹².

In tal caso, il militare è tenuto a provare il danno alla salute, la nocività dell'ambiente di lavoro, nonché il nesso tra l'uno e l'altro elemento, mentre incombe sull'Amministrazione della difesa provare di avere fatto tutto il possibile per evitare il danno, ovvero di avere adottato tutte le cautele necessarie per impedire il verificarsi del danno stesso.

Considerazioni differenti, invece, devono essere condotte nell'ipotesi in cui sia stata presentata un'istanza al fine di ottenere un equo indennizzo, poiché in tale fattispecie «l'accertamento del nesso di causalità tra l'infermità e l'attività di servizio è rimessa al Comitato di Verifica sulle cause di servizio, il cui giudizio si fonda su nozioni tecnico scientifiche e su dati di esperienza di carattere tecnico-discrezionale, non oggetto di sindacato di legittimità del giudice amministrativo, fatti salvi i casi in cui risultino viziate da eccesso di potere»¹³.

Da tali ultime considerazioni si colgono nitidamente i profili di *discrimen* tra i due istituti in esame: in particolare, mentre in ipotesi di risarcimento del danno, il danneggiato dovrà provare tutti gli elementi costitutivi della responsabilità civile,

¹⁰ In ordine alle modalità di determinazione della somma da corrispondere a titolo di elargizione - riconosciuta da Ministero della difesa - si rinvia a quanto disposto dagli artt. 1080, 1082, e 1084 del d. P.R. in esame.

¹¹ Cons. Stato, 9/08/2021, n. 5816, in [www.giustizia-amministrativa.it](#).

¹² Cons. Stato, 20/04/2022, n.2991, in *Foro amm. (II)*, 2022, 2, II, 496 ss.

¹³ Cons. Stato, 13/02/ 2013, n. 885, in [www.giustizia-amministrativa.it](#).; Cass. civ., 16/12/2020, n. 28696 , in *Giust. civ. mass.*, 2021; Cass. civ., sez. lav., 12/10/ 2022, n. 29819, in [www.cortedicassazione.it](#).

ivi compresa la prova del nesso eziologico e dell'elemento soggettivo in capo al danneggiante; nel secondo caso, invece, il danneggiato deve dimostrare di aver affrontato - senza che ciò integri "colpa" dell'Amministrazione - "particolari condizioni ambientali od operative", connotate da un carattere "straordinario" rispetto alle forme di ordinaria prestazione del servizio, che siano la verosimile causa di un'infermità¹⁴. Ancora, mentre la domanda risarcitoria può essere presentata da chiunque e dipende nel *quantum* dall'effettivo danno riportato (c.d. danno emergente e lucro cessante)¹⁵, la speciale elargizione spetta solo ai soggetti individuati dalla legge ed è quantificata a monte in misura predeterminata.

A quanto sin qui affermato si aggiunga che, se nell'indennizzo il *petitum* è strettamente limitato al pregiudizio immediatamente patito, c.d. danno emergente, nel giudizio risarcitorio invece si estende al danno emergente e al lucro cessante, per ripristinare lo *status quo ante* in forma specifica o per equivalente monetario del danneggiato¹⁶. In merito a quest'ultimo aspetto si rammenta, quindi, che il giudice ai fini del *quantum* risarcitorio considererà come danno futuro il mancato guadagno spettante al lavoratore colpito da invalidità permanente che lo renda totalmente o parzialmente inabile al lavoro e come lucro cessante - invece - la somma che avrebbe percepito per tutto il tempo della sua residua vita lavorativa¹⁷.

E allora volendo tirare le fila del discorso, ne viene fuori che la quantificazione dell'indennizzo si determina alla luce del danno emergente, al sacrificio del diritto o al prezzo del bene sacrificato, secondo quanto eventualmente stabilito dalle singole previsioni di legge, con contestuale inoperatività dell'art. 1227, comma 2, c.c. Diversamente, la determinazione del danno risarcibile (danno emergente e

¹⁴ T.A.R. Genova, 29/09/2016, n.956, in *Foro amm. (II)*, 2016, IX, 2215 ss.

¹⁵ T.A.R. Roma, 2/03/ 2022, n. 2472 che rimette alla giurisdizione del g.o. la controversia promossa dai congiunti di un militare deceduto a causa della contrazione di malattie cagionate dall'esposizione all'uranio impoverito al fine di ottenere la condanna del Ministero della Difesa al risarcimento del danno tanatologico, in *Red. giuffré amm.* 2022.

¹⁶ R. ALESSI, *Principi della responsabilità civile nella pubblica amministrazione*, Zanichelli, Bologna, 1956 34. In senso contrario, P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 4, 2004, 1067.

¹⁷ F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Vol. III, III ed., Cedam, Padova, 2015, 263 ss.

lucro cessante), dà rilievo anche al concorso di colpa del danneggiato, in virtù del combinato disposto tra l'art. 1127, comma 2, c.c. e l'art. 2056 c.c.

2.1 L'ambigua natura oggettiva o contrattuale dell'Amministrazione della difesa in ipotesi di domanda risarcitoria.

Dopo aver tentato di disegnare la linea, seppur sottile, ma indispensabile per distinguere gli elementi peculiari della domanda risarcitoria (danno emergente e lucro cessante) e quelli dell'indennizzo (danno emergente), l'attenzione si pone sulle due distinte fattispecie di responsabilità che si configurerebbero nel tema in esame: quella oggettiva o contrattuale, in ipotesi di domanda risarcitoria, il cui fondamento giuridico si rinviene nell'art. 2087 c.c., e la responsabilità da attività lecita o da atto legittimo, in caso di indennizzo.

Ponendo il *focus* sulla prima tipologia di fattispecie menzionata, si riscontrano differenti orientamenti giurisprudenziali. Secondo un primo indirizzo in capo all'Amministrazione della difesa si configura l'obbligo di protezione previsto dall'art. 2087 c.c.¹⁸ e contestualmente la responsabilità *ex art.* 2050 c.c., secondo il quale le conseguenze dannose delle attività pericolose gravano in capo a colui che le pone in essere, salva la prova dell'adozione di tutte le misure idonee a evitare il danno¹⁹.

Ne discendono almeno due considerazioni.

La prima riguarda il richiamo all'art. 2087 c.c., che si riferisce a quel nucleo minimo di protezione che tutti i datori di lavoro, al di là dell'espresso richiamo al termine

¹⁸ In generale per ulteriori approfondimenti in tema di obblighi di protezione si rinvia a: C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 123 ss.; Id., *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, 1990, 1 ss.; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I. *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1953, 99 ss.; L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, già in *Riv. dir. comm.*, 1, 1954, 185 ss., 280 ss. e 366 ss.; A. NICOLUSSI, *Obblighi di protezione*, in *Enc. dir., Annali*, VIII, Giuffrè, Milano, 2015, 659 ss.

¹⁹ Per ulteriori approfondimenti, invece, in ordine al riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in ipotesi di domanda risarcitoria proposta dal militare danneggiato per l'esposizione all'amianto, in giurisprudenza si rinvia a: Cass., sez. un., 20/05/2003, n. 7899; Cass. civ., sez. un., 8/02/2013, n. 3040, tutte in www.cortedicassazione.it; Cass. civ., sez. un., 5/05/2014, n. 9573, in *Foro amm. (Il)*, 9, 2014, 2226; Cass., sez. un., 18/01/2022, n. 1393.

imprenditore, devono garantire ai loro dipendenti, per preservarne la tutela della salute, intesa come diritto fondamentale-sociale, e rispettare i limiti invalicabili dell'agere amministrativo, che non può svolgersi in contrasto con la sicurezza e la dignità umana. In tale scenario, quindi, l'Amministrazione della difesa è tenuta, prima di procedere all'esecuzione materiale della missione, a una rigorosa analisi delle condizioni del contesto ambientale, a una puntuale enucleazione dei possibili fattori di rischio e, quindi, a una conseguente individuazione delle misure tecnico-operative concretamente disponibili, ragionevolmente implementabili e potenzialmente idonee a eliminare o, comunque, ad attenuare il più possibile i rischi *non stricto sensu* bellici connessi all'impiego di militari.

La seconda considerazione, strettamente ancorata al richiamo dell'art. 2050 c.c., sembrerebbe qualificare la responsabilità in esame come oggettiva, poiché strettamente correlata al principio del rischio: in altri termini, la normale incidenza dei vantaggi giustifica l'accollo della responsabilità per i danni derivanti dalla esplicazione dell'attività. Si comprende agevolmente, quindi, come a fondamento di tale tipologia di responsabilità non si pone una condotta illecita, ma la "garanzia", in virtù della quale il datore di lavoro che si avvale della prestazione lavorativa dei suoi dipendenti è tenuto contestualmente a farsi carico degli oneri che potrebbero scaturire dai danni causati dagli stessi.

In senso contrario, invece, si orienta un'altra parte della giurisprudenza amministrativa quando qualifica come contrattuale la responsabilità dell'Amministrazione della difesa nei confronti del militare danneggiato per l'esposizione all'uranio, *ex art. 2087 c.c.*, poiché collegata alla violazione degli obblighi di comportamento imposti da norme di legge²⁰. E tale ultima considerazione radicherebbe il proprio fondamento nell'idea che la relazione qualificata tra Amministrazione della difesa, quale datore di lavoro, e lavoratore «(...) non viene in rilievo soltanto nelle ipotesi "grigie" di confine tra il contratto ed il torto, ma si inserisce a pieno titolo nello stesso rapporto contrattuale

²⁰ Cons. Stato, 9/10/2020, n. 5995, in *Foro amm. (II)*, 10, 2020, 1849; Cons. Stato, 26/02/ 2021, n. 1661; Cons. Stato, 19/04/2022, n. 2956, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

prescrivendo un autonomo obbligo di condotta che si aggiunge e concorre con l'adempimento della obbligazione principale, in quanto diretto alla protezione di ulteriori interessi della parte contraente che (...) riceve la prestazione principale»²¹.

L'affermazione costituisce l'applicazione esplicita della teoria degli obblighi di protezione afferenti al rapporto obbligatorio e consente di affermare che la mancata adozione di misure volte a proteggere la salute del militare integri una condotta lesiva del "dovere di protezione" (prescritto dagli artt. 2 Cost., 1175 e 1375 c.c.), fonte di responsabilità di natura contrattuale per l'inosservanza di detto dovere.

Da quanto sopra, discende la possibile configurazione sia della responsabilità contrattuale sia di quella extracontrattuale in capo alla P.a., che non abbia adempiuto l'obbligo, ex art. 2087 c.c., di adottare le misure necessarie per preservare l'integrità fisica e la personalità morale dei dipendenti.

In tali circostanze, quindi, il danneggiato può esperire due distinte azioni: quella c.d. contrattuale, fondata sulla presunzione di colpa, ex art. 1218 c.c., e strettamente correlata ai danni prevedibili al momento dell'instaurazione del rapporto contrattuale; quella c.d. extracontrattuale che pone in capo al danneggiato la prova della colpa o del dolo dell'autore della condotta lesiva, con contestuale possibilità di ottenere anche il diritto al risarcimento dei danni c.d. non patrimoniali.

Senonché, ove il pubblico dipendente proponga una domanda di risarcimento del danno per la lesione dell'integrità psico-fisica patita durante l'espletamento del servizio, ai fini dell'accertamento della natura giuridica della responsabilità della p.A. non rileva la qualificazione formale data dal danneggiato stesso in termini di responsabilità contrattuale o extracontrattuale, ma è necessario esaminare gli elementi costitutivi dell'elemento materiale dell'illecito.

L'indagine dovrà accertare se la condotta abbia cagionato pregiudizi nei confronti della generalità dei cittadini ovvero solo nei confronti dei propri dipendenti²². Solo in tale ultima circostanza, difatti, la condotta sarà fonte di una responsabilità contrattuale, poiché l'ingiustizia del danno si configura come conseguenza della

²¹ Cons. Stato, 9/10/2020, n. 5995, cit.; Cons. Stato, 26/02/2021, n. 1661, cit.

²² Cass., sez. un., 8/07/2008, n. 18623, in *Giust. civ. mass.*, 7-8, 2008, 1107.

violazione dell'obbligo di protezione, *ex art. 2087 c.c.*²³. Per converso, nella prima fattispecie, invece, si configurerà una responsabilità extracontrattuale con tutti i noti risvolti sul piano applicativo tipici dello schema aquiliano²⁴.

Ebbene, le considerazioni sin qui condotte consentono di cogliere che la principale differenza tra responsabilità c.d. contrattuale e responsabilità c.d. extracontrattuale si annida proprio in una diversità strutturale: se la prima si riscontra in esito alla violazione di un obbligo funzionale alla realizzazione del diritto, la seconda, invece, presuppone la lesione *tout court* di un diritto: la responsabilità civile è sanzione di un «danno che consegue da ogni lesione di situazioni soggettive che non si configuri come violazione di un obbligo»²⁵. A ciò si aggiunga che mentre la responsabilità aquiliana si caratterizza per l'assenza *ab origine* di doveri di comportamento rivolti a favore di persone specifiche: il soggetto, difatti, sarà responsabile solo quando si verifichi la lesione del diritto altrui; la violazione dell'obbligo di protezione, diversamente, presuppone un obbligo. Ne viene fuori, quindi, la sua configurazione come infrazione di un rapporto che lega i soggetti - Amministrazione della difesa e militare - della fattispecie di danno.

E allora, volendo tirare le fila del discorso, in ipotesi di domanda risarcitoria presentata dal militare danneggiato per l'esposizione all'uranio per fatti di servizi si configurerebbe una responsabilità contrattuale in capo all'Amministrazione della difesa. Ciò chiarito, qual è, invece, la natura della responsabilità in ipotesi presentazione di una domanda di indennizzo, *ex art. 1079 del D.p.r. n. 90 del 2010*? In altre parole, è possibile riscontrare la configurazione della responsabilità da atto legittimo o da attività lecita in capo all'Amministrazione della difesa nel tema in esame?

²³ Cass. civ., sez. un., 2/07/2004, n. 12137, in *Giust. civ.* 2005, 3, I, 832; Cass. civ., sez. un., 18/05/2007, n. 11562, in *Lavoro nella p.a.*, 3-4, 2007, 737 ss.

²⁴ Cass. civ., sez. un., 5/08/2002, n. 11756, in *Giust. civ. mass.* 2002, 1472 ss.; Cass. civ., sez. un., 10/06/2003, n. 9219, in *Foro it.*, 1, 2004, 185 ss.

²⁵ Questo spiega perché, mentre nel torto extracontrattuale la colpa è elemento costitutivo della responsabilità e cioè di un'obbligazione che invece le è propria nella responsabilità aquiliana. In pari tempo nella responsabilità contrattuale è l'obbligazione medesima che, in quanto si traduce nella necessità giuridica dell'adempimento, dà vita a responsabilità per il fatto stesso della sua mancata attuazione, talché solo l'impossibilità di adempiere esclude la responsabilità.

La risposta a tale ultimo interrogativo sembrerebbe in senso affermativo, se si considera che il carattere doveroso dell'invio di militari, per dare esecuzione alle imperative deliberazioni degli organi costituzionali della Repubblica, non esonera l'Amministrazione dal compito di individuare le più opportune modalità tecnico-operative per svolgere il compito affidato. D'altra parte, la stessa Amministrazione è obbligata a corrispondere una somma di denaro a titolo di indennizzo in favore del militare che - in ottemperanza al dovere di solidarietà politica e agli obblighi contrattuali - abbia subito dei pregiudizi, in favore della prevalenza dell'interesse pubblico, qual è la difesa della Patria, nel rispetto del principio di giustizia distributiva-riparativa posto a fondamento della responsabilità in esame.

Ciò premesso, la riflessione prosegue intorno all'atto amministrativo legittimo e all'attività amministrativa, connotati da tratti salienti indispensabili anche per comprendere appieno come nel corso del tempo sia mutato il rapporto militare-Amministrazione della difesa nonché le ragioni per le quali, come si proverà ad argomentare nei successivi paragrafi, la responsabilità da atto legittimo o da attività lecita sia ascrivibile all'art. 2 Cost.

3. L'evento base della responsabilità dell'Amministrazione della difesa: l'atto amministrativo legittimo o l'attività amministrativa.

Sfogliando le pagine della monografia di De Valles, intitolata "La validità degli atti amministrativi", «l'amministrazione ha il compito di realizzare i fini per i quali lo Stato è costituito: deve quindi formare l'organizzazione (...); operare, o direttamente, o integrando l'attività privata, per promuovere il benessere ed il perfezionamento della società. Per l'attuazione di questi fini, e con ciò per la soddisfazione degli interessi, sia dello Stato come persona giuridica, sia della collettività, lo Stato è capace di una attività, che esso può svolgere nei limiti della libertà che il diritto gli riconosce»²⁶. Questa modalità di intervento avviene attraverso l'esercizio di un'attività amministrativa o l'adozione di un atto amministrativo.

²⁶ A. DEVALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Athenaeum, Roma, 1916, 7.

Con l'espressione "attività amministrativa", muovendo dall'interpretazione del sostantivo «attività», si allude «all'insieme di operazioni, comportamenti e decisioni» ovvero «all'insieme di atti ai quali l'ordinamento attribuisce rilevanza giuridica (anche) nel loro complesso»²⁷; essa, letta in combinato con «l'aggettivo amministrativa, è intesa nel senso di (attività diretta alla) cura di interessi (propri o alieni)», ovvero a tutela collettività²⁸.

Sono perciò comprese nell'ambito dell'attività amministrativa tutte quelle operazioni materiali previste da disposizioni normative o da un atto di natura provvedimentale, strumentali al perseguimento dell'interesse pubblico, e poste in essere nel rispetto del principio di legalità²⁹.

Purtuttavia, l'attività perde autonoma consistenza qualora si immedesima nell'atto amministrativo³⁰.

Esso è inteso quale decisione dell'autorità nell'esercizio di una funzione amministrativa; manifestazione di volontà di un rapporto da creare o creato

²⁷ F. G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir. agg.*, VI, Giuffrè, Milano, 2002, 77.

²⁸ E. CASETTA, voce *Attività amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, 1987, 521.

²⁹ Per ulteriori approfondimenti la letteratura in tema di principio di legalità è vastissima, senza alcuna pretesa di esaustività si rinvia a: R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1958, 175 ss.; Id., *L'affermazione costituzionale della sovranità popolare ed i suoi riflessi amministrativistici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 49 ss.; V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. cost.*, 1961, 904 ss.; G. AMATO, *Rapporti fra norme primarie e norme secondarie. Aspetti problematici*, Giuffrè, Milano, 1962, 150 ss. Nella letteratura recente, senza alcuna pretesa di esaustività: S. PERONGINI, *Principio di legalità e risultato amministrativo*, in M. IMMORDINO - A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Giappichelli, Torino, 2004, 140 ss.; M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2011, 463 ss.; A. BARONE, *La scienza "incerta" davanti al giudice amministrativo riflessioni introduttive*, in *Dir. proc. amm.*, 2-3, 2015; M. A. SANDULLI, *Il principio di legalità e effettività della tutela: spunti di riflessione alla luce del magistero scientifico di Aldo Sandulli*, in *Dir. e soc.*, 4, 2015, 649 ss.; M. C. CAVALLARO, *Principio di legalità e giusto procedimento: per una diversa lettura del rapporto tra legge e amministrazione*, in S. PERONGINI, (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2014, 247 ss.

³⁰ Al riguardo, per ulteriori approfondimenti in ordine alle differenti definizioni di atto amministrativo elaborate dalla dottrina si rinvia a: O. RANELLETTI - A. AMORTH, voce *Atti amministrativi*, in *Nuoviss. dig. it.*, I, t. II, Torino, 1958, 1486 ss.; M. S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 157 ss. Per la dottrina recente, invece, si rinvia a: F. SATTA, voce *Atto amministrativo*. I) *Diritto amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1988, 157 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Jovene, Napoli, 2003.

«nell'ambito del diritto obiettivo»; qualunque pronuncia di un soggetto della pubblica Amministrazione nell'esercizio di una potestà amministrativa.

Con particolare riferimento al tema in oggetto, il momento a partire dal quale gli obblighi militari diventavano esecutivi era riconducibile a un atto dell'autorità, fondato sul rapporto di sudditanza, e la forma con cui venivano imposti ne esprimeva la forza e il valore giuridico: come osservato da Orlando, «la imposizione dell'obbligo al servizio militare rappresenta da parte dello Stato l'esercizio massimo del suo diritto di supremazia sul cittadino, il quale obbliga il cittadino a obbedire al comando dell'autorità, impartito nel rispetto del precetto normativo»³¹. Da ciò due conseguenze: lo Stato ha il diritto di richiamare il cittadino collocato fuori dal territorio italiano, affinché adempia all'obbligo legittimo statale. L'autorità statale può entro i limiti circoscritti dalla legge limitare il diritto di emigrazione del suddito, la libertà personale, di circolazione, di autodeterminazione, qualora questo sia indispensabile per garantire il corretto adempimento dell'obbligo militare.

In tali casi, difatti, tutti gli atti adottati dal Sovrano, o da un dipendente che agisce in suo nome, rappresentano manifestazione di un'attività amministrativa indirizzata al soddisfacimento degli interessi del Sovrano. Essi, quindi, sono manifestazioni di attività amministrativa, diretti a soddisfare gli interessi del sovrano, nel quale lo Stato si personifica.

«Non costituiscono, perciò, un diritto, che lo Stato nella sua attività amministrativa debba rispettare, perché i suoi atti siano validi: l'atto sovrano non incontra il limite di un diritto da rispettare, ma quello di un ordine di carattere interno a cui obbedire»³².

In tale sede, se ragioni di sinteticità non consentono di approfondire il rapporto Sovrano-cittadino, è sufficiente rammentare che dopo l'approvazione della Carta costituzionale il diritto assolve la funzione di "regolatore della vita collettiva e individuale"; pertanto, lo Stato persegue non più l'interesse pubblico, ma

³¹ V. E. ORLANDO, *o.u.c.*, 230.

³² A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, cit., 42 ss.

l'interesse "del pubblico". A ciò si aggiunga, che l'architettura della Carta costituzionale sembrerebbe disegnare una Amministrazione della difesa sagomata sul modello che conferisce la responsabilità della direzione politica e amministrativa al Presidente del Consiglio dei ministri e ai ministri stessi, a presidio del «primato del potere politico su quello militare»³³.

Ancora, volgendo lo sguardo al panorama internazionale la relazione tra autorità e libertà, poiché sottesa all'esercizio della funzione di sicurezza militare della comunità mondiale, «non corrisponde più a quella tra potere pubblico e sfera privata: il polo della libertà è rappresentato non solo dai singoli che entrano in un rapporto di esercizio con l'amministrazione nazionale, ma anche da Stati, i quali occupano, a seconda dei casi, la posizione degli amministratori e quella dei destinatari delle misure dell'autorità»³⁴.

Tale ultima considerazione emerge nitidamente dalla sentenza del 18 maggio del 1999, n. 172 con la quale la Corte costituzionale ha affermato: «la Costituzione impone una visione degli apparati militari dell'Italia e del servizio militare stesso non più finalizzata all'idea della potenza dello Stato o, come si è detto in relazione al passato, dello "Stato di potenza", ma legata invece all'idea della garanzia della libertà dei popoli e dell'integrità dell'ordinamento nazionale».

In questo senso, quindi, la tensione tra le decisioni militari e i diritti costituzionali dei singoli militari non è più eclatante; nonostante il rapporto militare continui a incidere significativamente sia sul modo in cui il militare partecipa alla vita della collettività, come singolo e come parte delle formazioni sociali, sia sugli strumenti giuridici con cui viene tutelata la sua sfera personale, dinanzi alle scelte adottate

³³ E. CHITI, *L'amministrazione militare*, Giuffrè, Milano, 2007, 241.

³⁴ E. CHITI, *L'amministrazione militare*, cit., 244, l'A. afferma «La "forza armata" è amministrata da una organizzazione direttamente connessa allo Stato accentrato, che trova il proprio nucleo essenziale in corpi amministrativi professionali statali. Tale organizzazione, poi, rileva esclusivamente all'interno dello Stato, là dove nello spazio giuridico internazionale si svolgono solo relazioni tra lo Stato italiano e gli altri Stati della comunità mondiale (...)». In via generale per ulteriori approfondimenti in ordine al rapporto tra organizzazione amministrativa e Unione europea, senza alcuna pretesa di esaustività, cfr.: C. FRANCHINI, *L'integrazione europea e il governo delle politiche comunitarie in Italia: organizzazione amministrativa e rapporti con le comunità europee*, in *L'amministrazione dell'industria e del commercio estero*, (a cura di) P. BIANCHI - M. G. GIORDANI, Il Mulino, Bologna, 1990, 119 ss.; Id., *Integrazione europea e coordinamento delle pubbliche amministrazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 9, 1998, 898 ss.

dall'autorità amministrativa, difatti, le attività coinvolgenti i diritti fondamentali del militare possono essere esercitate solo nei casi e nei modi previsti dalla legge, *ex art. 23 Cost.*³⁵.

A tal proposito si rammenta che secondo l'art. 1, co. 1, della l. n. 145 del 2016 le missioni con personale militare si svolgono «nel rispetto dei principi dell'articolo 11 della Costituzione, del diritto internazionale generale, del diritto internazionale dei diritti umani, del diritto internazionale umanitario e del diritto penale internazionale». Proseguendo poi nella lettura secondo il secondo comma della norma precitata le missioni avvengono «secondo i termini della legalità internazionale, delle disposizioni e delle finalità costituzionali, in ottemperanza agli obblighi di alleanze o di accordi internazionali o intergovernativi, o per eccezionali interventi umanitari»³⁶.

Dalle considerazioni sin qui condotte ne viene fuori, quindi, che nelle ipotesi in cui l'interesse privato si compenetri con l'interesse pubblico, in modo da essere condizionato o limitato nella sua esistenza, il diritto del singolo cittadino si affievolisce di fronte all'interesse pubblico prevalente, sì come previsto dal legislatore, con contestuale diritto di indennizzo per il sacrificio patito, nel rispetto del principio di giustizia distributiva-riparativa su cui si fonda il modello della responsabilità da atto legittimo o da attività lecita.

E allora, volendo trarre le prime conclusioni, nonostante l'Amministrazione militare continui a preservare rilevanti peculiarità, l'invasione continua e penetrante dello Stato consente di ridurre «gli ordinamenti militari a piccola cosa»³⁷; questi ultimi, difatti, pur avendo un'organizzazione propria sono disciplinati da un ordinamento interno che «solo limitatamente può contrastare le

³⁵ Sul punto per ulteriori approfondimenti in dottrina circa la qualificazione della riserva di legge come assoluta o relativa nel tema in esame, si rinvia a R. URSI, *L'amministrazione militare*, cit., 247. Sul punto, l'A. richiama altresì: A. BALDASSARE, *Disciplina militare e costituzione*, cit., 649; A. PIZZORUSSO, *Diritti di libertà e stato giuridico del militare in una recente proposta di legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 1842; P. BARILE, *La legge, fonte necessaria del regolamento di disciplina militare*, in *Città e Regione*, 2, 1976, 18 ss.

³⁶ Sul punto per ulteriori approfondimenti in ordine al procedimento deliberativo delle missioni, si rinvia a: G. DE VERGOTTINI, *Costituzione e missioni militari all'estero*, cit., 21 ss.

³⁷ M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, cit., 170.

norme dell'ordinamento generale» e i diritti fondamentali-sociali dei militari³⁸. In altri termini, quindi, le Forze armate agiscono e decidono nel rispetto del principio di legalità e le limitazioni dei diritti costituzionali dei militari sono «giustificate dalla peculiare funzione ad esse attribuita»³⁹.

4. La (l'in)certa natura della responsabilità da atto legittimo o da attività lecita dell'Amministrazione della difesa come c.d. "oggettiva"?

Se le considerazioni condotte nei precedenti paragrafi consentono di riscontrare la configurazione della responsabilità da atto legittimo o da attività lecita in ipotesi di danno patito dal militare per l'esposizione all'uranio per fatti di servizio, ultimo profilo di particolare interesse riguarda la possibile riconducibilità di tale responsabilità allo schema di diritto comune, qual è quello della responsabilità oggettiva, ovvero a quello di ingegneria sociale, *ex art. 2 Cost.*

È noto che le più compiute formulazioni in tema di responsabilità da atto lecito sono state formulate da Vacchelli e Salemi. Essi hanno disegnato un modello di responsabilità fondata su un criterio di giustizia distributiva - riparativa e di solidarietà sociale.

In tale panorama, difatti, se lo Stato svolge una funzione attiva per il raggiungimento del benessere sociale, contestualmente ha l'obbligo di corrispondere una somma di denaro a titolo di indennizzo al cittadino, per il sacrificio individuale patito per la prevalenza del criterio socialista e della funzione sociale. Solo questo elemento sociale può spiegare, secondo Vacchelli, «come lo Stato possa concorrere a riparare un danno che è puramente dipendente da forza maggiore, quale il danno da guerra; come la responsabilità dello Stato, ovvero sia il concorso a riparare i danni, possa, dati questi principii, estendersi oltre i limiti della materiale imputabilità non solo, ma anche al di là di quelli della causalità originaria»⁴⁰.

³⁸ M. S. GIANNINI, *o. u. c.*, 170.

³⁹ R. URSI, *L'amministrazione militare*, cit., 248.

⁴⁰ G. VACCHELLI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione ed il diritto comune*, Milano, 1982, 120.

Altrettanto interessante, poi, sarebbe la tesi enucleata da Salemi, il quale esclude la configurazione di una responsabilità tipica del diritto comune in capo all'Amministrazione, poiché con il suo atto *secundum legem* non viola alcuna situazione giuridica: «legittimità e responsabilità» - prosegue l'Autore - «sono per noi dei termini che si escludono»⁴¹.

Purtuttavia, le tesi suggestive di Vacchelli e Salemi si collocano in un contesto storico antecedente all'approvazione della Carta costituzionale. Con il nuovo assetto costituzionale, muta il rapporto diritto-società e si riscontra l'emersione di una funzione emancipatoria e solidaristica dello Stato sociale. «Se lo Stato è - come è certamente - una forma essenziale, fondamentale di solidarietà umana, costruire un nuovo Stato vale quanto prendere posizione intorno ad alcuni punti fondamentali inerenti alla concezione dell'uomo e del mondo»⁴². Nonostante - secondo Moro - siamo «divisi (...) da diverse intuizioni politiche, da diversi orientamenti ideologici, tuttavia noi siamo membri di una comunità, la comunità del nostro Stato, e vi restiamo uniti sulla base di un'elementare, semplice idea dell'uomo, la quale ci accomuna e determina un rispetto reciproco degli uni verso gli altri»⁴³.

Tale mutamento ha condotto la dottrina civilistica a una rivalutazione dell'art. 2043 c.c., quale clausola generale, che - in quanto elastica - consente al sistema della responsabilità civile di acquisire la necessaria flessibilità⁴⁴. È evidente, dunque,

⁴¹ G. SALEMI, *o. u. c.*, 89.

⁴² A. MORO, *Il fine è l'uomo*, Edizioni di comunità, Roma, 2018, 15.

⁴³ A. MORO, *o. u. c.*, 15.

⁴⁴ Per quanto riguarda la qualificazione della locuzione danno ingiusto come clausola generale, si rinvia a titolo meramente esemplificativo: E. NAVARRETTA, *L'evoluzione storica dell'ingiustizia del danno e i suoi lineamenti attuali*, in *Dir. civ.*, (diretto da) N. LIPARI e P. RESCIGNO, (coordinato da) A. ZOPPINI, IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, t. 3, *La responsabilità e il danno*, Giuffrè, Milano, 2009, 135. Secondo altra parte della dottrina, invece, l'art. 2043 c.c. avrebbe un'elasticità inferiore a quella propria di una clausola generale e si qualificerebbe piuttosto come una «norma generale», riassuntiva di casi non specificamente elencati e dotati di una valenza giuridica da trarre *aliunde*, si veda: G. PONZANELLI, *Il risarcimento del danno meramente patrimoniale nel diritto italiano*, in *Danno resp.*, 1998, 729; C. SCOGNAMIGLIO, *L'ingiustizia del danno* (art. 2043), in *Tratt. dir. priv.*, M. BESSONE, *Illecito e responsabilità civile*, t. 1, Giappichelli, Torino, 2005, 23 ss.; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, ed III., Giuffrè, Milano, 2006, 6 ss.; N. MUCCIOLI, *Osservazioni in tema di danno meramente patrimoniale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2, 2008, 430. Per ulteriori approfondimenti, invece, in tema di

l'esigenza preminente di ricondurre i rapporti sociali, produttivi di danni, ai modelli classici della responsabilità, secondo una logica di giustizia distributiva-riparativa che, qualificando il conflitto tra danneggiante e danneggiato, come un segmento isolato in una visione improntata sul principio di solidarietà, mira al benessere della collettività e alla centralità del singolo.

E allora, se il progressivo sviluppo della società, unitamente all'evolversi delle tecnologie e all'emersione delle aggregazioni sociali hanno inciso significativamente sui connotati tipici della responsabilità di diritto comune, le tesi di Vacchelli e Salemi, volte ad escludere la riconducibilità della responsabilità da atto lecito o da attività lecita allo schema del diritto comune, devono essere rivedute.

A tal proposito, si richiama il noto studio condotto da Pietro Trimarchi sul «Rischio e responsabilità oggettiva» nel quale, pur non affrontando nitidamente il tema della qualificazione della responsabilità da atto legittimo o da attività lecita, si colgono spunti di riflessioni rilevanti. Secondo l'A. tale responsabilità oggettiva non si configurerebbe solo per le imprese particolarmente pericolose, ma per qualsiasi impresa, purché: connotata da un'organizzazione continua, produttiva «di danni, grandi o piccoli, frequenti o infrequenti, causati con una certa regolarità, calcolabili

risarcibilità dell'interesse legittimo: A. ROMANO, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi*, in *Foro it.*, 1, 1999, 3222; F.G. COCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2000, 13; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La tutela dell'interesse legittimo dopo la sentenza Cass. SS.UU. 500/1999 e la legge 205/2000*, in *Id.* (a cura di), *La tutela dell'interesse legittimo alla luce della nuova disciplina del processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2002, 27-65; A. G. OROFINO, *L'irrisarcibilità degli interessi legittimi: da giurisprudenza "pietrificata" a dogma in via d'estinzione* (Nota a Cass., SS.UU., 22 luglio 1999, n. 500), in *www.giustamm.it.*; A. TRAVI, *La giurisprudenza della Cassazione sul risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi dopo la sentenza delle sezioni unite 22 luglio 1999, n. 500/SU*, in *Foro it.*, 1, 2004, 794 ss.; E. FOLLIERI., *La responsabilità della pubblica Amministrazione*, in G. VETTORI (a cura di), *Il danno risarcibile*, II, Cedam, Padova, 2004; *Id.*, *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *www.giustamm.it.*; V. FANTI, *Tutela demolitoria e risarcitoria dell'interesse legittimo innanzi al giudice ordinario e al giudice amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2006, 150 ss.; M. A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni* (brevi note a margine di *Cons. Stato*, ad. pl., 23 marzo 2011, n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass. SS. UU., 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595 e 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli), in *www.federalismi.it.*, 8, 2011; V. FANTI, *Il diritto al risarcimento dei danni per lesione dell'interesse legittimo sotto il profilo dell'integrità patrimoniale lesa*, in *www.giustamm.it.*, 9, 2017.

per lunghi periodi, talché il rischio relativo può essere tradotto in costo»⁴⁵. Da un'applicazione di tale criterio, la responsabilità dovrebbe configurarsi in capo a chi ha il controllo delle condizioni generali del rischio, «ed è in grado di tradurre il rischio in costo, inserendolo armonicamente nel gioco dei profitti e delle perdite»⁴⁶. In tale scenario, dunque, trattasi non di una responsabilità c.d. "indiretta" da parte dello Stato fondata su di una pretesa *culpa in eligendo* o in *vigilando*, ma di una responsabilità c.d. "diretta" poiché le decisioni amministrative legittimamente adottate rientrano tra le attività statali.

Più di recente, si richiama anche la tesi di pregio enucleata da Corso, secondo il quale la responsabilità in esame sarebbe ascrivibile allo schema della responsabilità oggettiva, per la molteplicità di ruoli assunti dallo Stato e dagli enti pubblici (i.e. "tutore, di precettore, di padrone, di committente, di proprietario di cose, di autoveicoli, di animali, di ciascuna delle figure contemplate dagli artt. 2047-2053 c.c."), «molte delle quali rispondono a titolo di responsabilità oggettiva mentre in altre il regime della colpevolezza e della sua prova è regolato in modo diverso da quello stabilito in via generale, dall'art. 2043 c.c.»⁴⁷.

Purtuttavia, le tesi appena accennate sarebbero poco convincenti per una triplice ragione: anzitutto, la responsabilità oggettiva presuppone solitamente lo svolgimento di un'attività economica da parte del danneggiante, non riscontrabile sempre nelle ipotesi di responsabilità da atto legittimo o da attività lecita.

Difatti, lo schema della responsabilità oggettiva si applica ai rapporti di impresa e, pertanto, la «ragione che giustifica l'accollo della responsabilità dell'imprenditore per il fatto illecito di un suo operaio (...) si ritrova in un principio di ordine economico, o meglio nella teoria della distribuzione dei costi e dei profitti»⁴⁸.

Muovendo da tale ultima considerazione, quindi, chi decide di ampliare la sfera della sua attività, avvalendosi dell'opera altrui, assume contestualmente il dovere di preventivare fra i costi non soltanto quelli da corrispondere per l'acquisto delle

⁴⁵ P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961, 157 ss.

⁴⁶ P. TRIMARCHI, *o. u. c.*, 158.

⁴⁷ G. CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, in *Dir. amm.*, 2, 2009, 203 ss.

⁴⁸ G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, III ed., Cedam, Padova, 2005, 150 ss.

materie prime e della manodopera, ma anche quelli c.d. sociali (i.e. quelli relativi non soltanto la distruzione di un ambiente a causa dell'insediamento industriale, ma anche il risarcimento del danno per incidenti causati ai terzi, che in qualche modo entrano in rapporto con l'impresa, da errori o colpe dei collaboratori dell'imprenditore).

Così chiarito, se tra i costi sociali vi rientrano quelli relativi ai danni causati dai dipendenti dell'imprenditore ai terzi, emerge nitidamente come la configurazione di tale responsabilità sia esclusa nel tema in esame non solo perché relativa ad attività economiche, ma perché prevista per risarcire soggetti terzi, ossia estranei al rapporto datore di lavoro-lavoratore (per qui di interesse Amministrazione della difesa-militare)⁴⁹. In secondo, luogo la configurazione della responsabilità per rischio di impresa è subordinata, a eccezione della presunzione di colpa, al riscontro degli elementi costitutivi tipici della responsabilità aquiliana: un fatto illecito, un rapporto tra preponente e preposto che implichi un potere di vigilanza o controllo del primo sul secondo; infine, il nesso di causalità tra condotta e danno.

Tali superiori elementi non si riscontrerebbero nella fattispecie di responsabilità da atto legittimo o da attività lecita, laddove l'antigiuridicità della condotta sarebbe neutralizzata da un'espressa previsione normativa, che, formulata su un valutazione prodromica tra interesse pubblico e interesse privato, conferisce all'Amministrazione la potestà autoritativa di agire a tutela dell'interesse pubblico prevalente, con contestuale obbligo di compensare il sacrificio imposto al privato. Infine, si rammenta che la responsabilità c.d. oggettiva si configura in capo al danneggiante; ad eccezione delle ipotesi in cui quest'ultimo riesca a fornire la prova di aver adottato tutte le misure idonee a evitare il danno. Tale ultima facoltà, invero, non è riconosciuta all'Amministrazione della difesa in ipotesi di responsabilità da atto legittimo o da attività lecita, laddove l'ente è tenuto, invece, a corrispondere l'indennizzo se il privato fornisce la prova del pregiudizio patito.

⁴⁹ Sul punto si rammenta difatti che l'analisi afferisce i danni patiti dal militare durante l'espletamento di fatti di servizio.

5. Considerazioni conclusive: una nuova responsabilità da c.d. "ingegneria sociale"?

Le argomentazioni condotte consentirebbero di qualificare la responsabilità da atto legittimo o da attività lecita dell'Amministrazione della difesa come un nuovo modello di responsabilità c.d. da "ingegneria sociale", il cui fondamento si rinviene nell'art. 2 Cost., ossia nell'esigenza preminente di preservare la centralità della persona.

Dopo l'entrata in vigore della Costituzione, difatti, la persona è il fulcro centrale del nuovo ordinamento democratico. È un individuo di per se stesso dotato di valore, ma anche individuo sociale ("homme situé"), radicato nella società umana e nel pluralismo sociale in cui vive⁵⁰.

Con la valorizzazione del cittadino, lo Stato si prende cura delle istanze dei consociati in nome dell'ideale democratico-pluralista: la Repubblica non esiste se non attraverso i diritti e i doveri che regolano la convivenza civile; quei diritti e doveri reciproci che tutti i cittadini si sono promessi e su cui si istituisce la nuova comunità politica.

Per quanto interesse ai fini della nostra trattazione, dunque, l'obbligo del servizio militare - inteso come dovere di solidarietà c.d. politica - consiste in una prestazione personale positiva strumentale alla difesa della Patria, con attività materiali che implicano l'esercizio di facoltà di coercizioni riservate alle Forze armate. La scelta del militare di assumere il dovere di solidarietà politica è fotografata dalle parole pronunciate durante il giuramento: "Giuro di essere fedele alla Repubblica italiana, di osservarne la Costituzione e le leggi e di adempiere con disciplina e onore tutti i doveri del mio Stato per la difesa della Patria e la salvaguardia delle Istituzioni".

Così nel giuramento si perfeziona il patto sociale tra Amministrazione e militare nonché l'appartenenza di quest'ultimo ad un gruppo «unito da un sentimento di

⁵⁰ Per questa definizione, G. BURDEAU, *La démocratie gouvernée, son assise sociale et sa philosophie politique*, in *Traité de sciences politiques*, Paris, 1973, VII, 39 ss.

solidarietà» che consolida la dedizione del singolo militare agli scopi istituzionali delle Forze armate⁵¹.

Purtuttavia, come già accennato, questo patto sociale, collocato nell'attuale assetto costituzionale in cui la persona assume valore centrale, implica il disegno di un'organizzazione militare vocata sì alla «difesa delle istituzioni repubblicane e alla sicurezza sociale»⁵², ma comunque rispettosa dei principi fondamentali-sociali dei singoli cittadini-militari.

In tale panorama, il rapporto instaurato tra Amministrazione e militare, poiché ancorato alla sistematica contrapposizione tra diritti - potestà autoritativa - obblighi, comporta per la Amministrazione il dovere di garantire il corretto perseguimento dell'interesse pubblico, ma senza comprimere i diritti fondamentali del privato, oltre quanto strettamente necessario, nel rispetto dei canoni di adeguatezza, correttezza, buona amministrazione e dovere di solidarietà.

Da quanto sopra, si coglie, allora, la declinazione del dovere di solidarietà e il suo sostrato etico-costituzionale, da intendersi come fonte di un obbligo di astensione dal pregiudicare, oltre il limite consentito, i singoli cittadini e di attivazione per il corretto perseguimento dell'interesse pubblico (c.d. obbligazione di protezione).

Per concludere, l'indennità di guerra e la somma corrisposta in favore dei militari danneggiati a seguito all'esposizione di uranio evocherebbero alla mente la configurazione di una responsabilità dello Stato da atto legittimo o attività amministrativa lecita, il cui fondamento si rinviene nell'art. 2 Cost., posto a protezione della centralità della persona, previo riscontro dei seguenti presupposti: il sacrificio è imposto al militare per ragioni di interesse pubblico prevalente (c.d. dovere di difesa della patria); ma deve trovare fondamento in una disposizione normativa⁵³. In presenza di tali presupposti, quindi, la Amministrazione sembrerebbe tenuta a corrispondere una somma di denaro a titolo di indennizzo in favore del militare danneggiato, nel rispetto del più volte richiamato principio di

⁵¹ R. URSI, *L'amministrazione militare*, cit., 340-341.

⁵² R. URSI, *o.u.c.*, 340-341.

⁵³ G. MICARI, *Provvedimento amministrativo negativo tardivo: l'adunanza plenaria sul danno da ritardo "mero" infittisce la "rete di contenimento"*, in *Giust. civ.*, 2006, 1329 ss.

giustizia distributiva-riparativa, in forza del quale l'onere necessario alla produzione di un'utilità collettiva deve essere proporzionalmente distribuito tra tutti i membri della collettività, *ex art. 2 Cost.*

dirittifondamentali.it

Un nodo ancora irrisolto sul riparto di giurisdizione: le prestazioni sanitarie all'estero tra giudice ordinario e giudice amministrativo

di

Graziana Urbano*

Sommario: 1. Il tema delle prestazioni sanitarie da erogarsi all'estero nel cono d'ombra del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo – 2. La difficoltà di inquadramento della situazione giuridica soggettiva tra diritto soggettivo e interesse legittimo – 3. Le posizioni opposte della giurisprudenza: le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si pronunciano sulla giurisdizione attribuendola al giudice ordinario – 4. Il Consiglio di Stato torna sulla questione riaffermando la sua giurisdizione – 5. La "rivincita" del potere amministrativo sulle situazioni giuridiche soggettive come criterio attributivo della giurisdizione sulla base della loro eguaglianza.

1. Il tema delle prestazioni sanitarie da erogarsi all'estero nel cono d'ombra del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo

Il tema del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo presenta ancora alcune zone d'ombra¹, nonostante sia stato a lungo oggetto dei dibattiti dottrinali e degli interventi giurisprudenziali, arrivati a concludere, in maniera più o meno condivisa, che il criterio distintivo per adire le due giurisdizioni o quanto meno la giurisdizione amministrativa sia basato essenzialmente sull'esistenza o meno dell'esercizio del potere (autoritativo) da parte dell'amministrazione, nonostante residui ancora, invero, un retaggio del

* Ricercatrice a tempo determinato presso l'Università di Foggia.

¹ Cfr. F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il Processo*, 2021,1, 1 e ss., alla nota 41, fa rientrare il caso delle autorizzazioni ad effettuare cure mediche all'estero tra i casi (forse) particolari nell'ambito del tradizionale tema del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario (*rectius*, civile) e giudice amministrativo.

“vecchio” criterio di riparto fondato sulla tipologia della situazione giuridica soggettiva lesa, secondo il binomio diritto soggettivo - al giudice ordinario, interesse legittimo - al giudice amministrativo².

Tra le zone d’ombra, un ambito assai delicato - sicuramente per gli importanti riflessi soprattutto a livello pratico - che non riesce ancora a trovare chiarezza e organicità soprattutto sul piano della tutela giurisdizionale, è quello relativo alla cd. mobilità sanitaria in cui al centro si colloca il diritto del cittadino ad ottenere le prestazioni sanitarie anche in un luogo diverso da quello di residenza, ma a carico del servizio sanitario di appartenenza.

In questa materia, infatti, la difficoltà attiene proprio all’individuazione del giudice a cui appartenga la giurisdizione nel caso di lesione della sfera giuridica del cittadino utente a fronte del diniego di prestazione sanitaria erogata all’estero o, meglio, la difficoltà si rintraccia nel comprendere se quest’ultimo sia titolare di un interesse legittimo o di un diritto soggettivo.

Il dubbio è legato essenzialmente alla complessità di una disciplina legislativa in tema di prestazioni sanitarie che distingue due tipi di regime: uno definito “indiretto” o “di assistenza indiretta”; l’altro definito “diretto” o “di assistenza diretta”. La distinzione verte essenzialmente sulle modalità di copertura dei costi sostenuti per la prestazione sanitaria erogata all’estero da parte del servizio sanitario nazionale: nell’assistenza diretta, disciplinata dai Regolamenti di sicurezza sociale CE n. 883 del 29 aprile 2004 e n. 987 del 16 settembre 2009, il pagamento della prestazione è direttamente a carico del servizio sanitario; nell’assistenza indiretta, disciplinata dal d.lgs. n. 38 del 4 marzo 2014 che ha recepito a sua volta la direttiva UE n. 24 del 9 marzo 2011, il corrispettivo della prestazione sanitaria è a carico del soggetto che ne usufruisce che sarà in seguito

² Cfr. F.G. SCOCA, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni*, in *Dir. e proc. amm.*, 1989, 549 e ss.

rimborsato dalla competente Azienda sanitaria italiana, attese le condizioni previste dalla suddetta normativa³.

In entrambi i regimi, il profilo che si ritiene più interessante in questa sede è quello relativo alla procedura amministrativa che è chiaramente di tipo autorizzatorio secondo quanto indicato e con le distinzioni dettate dalle rispettive discipline⁴: su questo verte tutta la presente riflessione, essenziale a individuare il giudice competente, nonché configurare la situazione giuridica soggettiva coinvolta.

2. La difficoltà di inquadramento della situazione giuridica soggettiva tra diritto soggettivo e interesse legittimo

La materia dei ricoveri sanitari all'estero rientra, sicuramente, in quella più generale che attiene all'esercizio del diritto fondamentale alla salute, nella declinazione del diritto finanziariamente condizionato⁵, in relazione al quale la dottrina pubblicistica e la giurisprudenza nazionale sono apparse sempre piuttosto incerte circa il suo inquadramento nonché circa il riconoscimento degli strumenti che possano adeguatamente tutelarlo⁶.

³ Per un esame approfondito della materia cfr. N. POSTERARO, *Curarsi in Europa è possibile? Come e se il decreto sull'assistenza transfrontaliera n. 38/2014 condizioni e ostacoli l'esercizio del diritto alla salute*, in *Medicina e Morale*, 2017, 209 e ss.

⁴ Sul punto si segnala anche il recente d.m. 16 aprile 2018 n. 50, ossia il Regolamento in materia di assistenza sanitaria transfrontaliera soggetta ad autorizzazione preventiva.

⁵ L'espressione è di F. MERUSI, *I servizi pubblici negli anni'80*, in *Il diritto amministrativo degli anni'80*, Atti del XXX Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione, Milano, 1977, 150 ss.; C. PINELLI, *Diritti costituzionalmente condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in *La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale*, a cura di RUGGERI A. – ROMBOLI A., Torino, 1994, 548 e ss.; B. PEZZINI, *Principi costituzionali e politica della sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizione del diritto sociale alla salute*, in PEZZINI B.- GALLO C.E., *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, 1998.

Sulla configurazione del diritto alla salute come diritto finanziariamente condizionato, cfr. R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2007, 531 e ss.; R. MANSERVISI, *Autorizzazione al ricovero all'estero per cure mediche e rimborso delle spese: brevi annotazioni a margine di una recente pronuncia del giudice amministrativo (nota a T.A.R. Emilia- Romagna, sez. I, 26 aprile 1996, n. 260)*, in *Sanità Pubblica*, II, 1996, 917 ss.

⁶ Cfr. L. ROSA BIAN, *Le cure e gli interventi sanitari eseguiti all'estero tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Giurisprudenza di merito*, 2012, 3, 722 e ss. e A. IACUONE, *Diritto alla salute e autorizzazione alle*

Sicuramente rilevante è l'orientamento della Corte Costituzionale⁷ – ormai risalente nel tempo - che pur riconoscendo il diritto alla salute quale diritto primario e fondamentale, ha precisato che, nel suo non secondario aspetto del diritto ai trattamenti sanitari, *ex art. 32, 2 comma, Cost.*, sia soggetto alla determinazione degli strumenti, dei tempi e dei modi di realizzazione della relativa tutela da parte del legislatore, prima, e dell'amministrazione, poi.

Orientamento giurisprudenziale che ha, sicuramente, subito l'influenza dell'interpretazione dottrinale⁸ la quale ha configurato il diritto alla salute - quale diritto ad ottenere trattamenti sanitari garantito ad ogni individuo – come (si anticipava) un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ne dà attraverso il bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, alla luce dei limiti rappresentati dalle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone. In questa fattispecie, vi rientra anche il diritto a fruire di cure all'estero che, per l'appunto, si manifesta solo entro i limiti della disponibilità di risorse finanziarie previste discrezionalmente dal legislatore⁹, tanto da essere qualificato anch'esso come un diritto finanziariamente condizionato.

prestazioni sanitarie all'estero: questioni di giurisdizione ed effettività della tutela, in *GiustAmm.it*, 2016, 1 e ss.

⁷ Cfr. Corte Cost., 15 maggio 1994, n. 304, in *Cons. Stato*, 1994, II, 1086 ss., che afferma che «il diritto alla salute, garantito dall'art. 32 Cost., è condizionato all'attuazione che il legislatore, con criteri di ragionevolezza, sindacabili dal giudice, ne dia attraverso il bilanciamento di interessi costituzionalmente protetti e tenendo conto delle risorse organizzative e finanziarie disponibili»; Corte Cost., 16 ottobre 1990, n. 455, in *Giur. Cost.*, 1990, 2732; Corte Cost., 31 gennaio 1991, n. 40, in *Giur. Cost.*, 1991, 274 ss.; Corte Cost., 24 gennaio 1992, n. 19, in *Giur. Cost.*, 1992, 99; Corte Cost., 3 giugno 1992, n. 247, in *Giur. it.*, 1993, I, 1 918 ss.

⁸ Cfr. R. FERRARA, *Prestazioni amministrative e situazioni giuridiche soggettive degli utenti del Servizio sanitario nazionale*, in R. FERRARA - P.M. VIPIANA, *Principi di diritto sanitario*, Torino, 1999, 197 ss.; ID., *Salute (diritto alla)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, in partic. 530 ss.; ID., *Professioni mediche e tutela delle situazioni giuridiche degli utenti: appunti*, in *Sanità pubblica*, 1999, 1077 ss. Cfr. altresì F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, 28 ss.

⁹ Rientra nella discrezionalità del legislatore ordinario determinare l'ammontare delle prestazioni sociali e delle variazioni delle stesse sulla base di un razionale contemperamento delle esigenze di vita dei cittadini che ne sono beneficiari e della soddisfazione di altri diritti pur costituzionalmente garantiti in relazione alle disponibilità finanziarie. Corte Cost., 10 novembre 1982, n. 180, in *Giur. Cost.*, 1982, I, 2010; cfr. anche, Corte Cost., 07 luglio 2006, n. 279, in *Giur. Cost.*, 2006, 4; Corte Cost., 27 ottobre 2006, n. 342, in *Ragiusan*, 2007, 275.

In particolare, in questa materia, l'esposto orientamento della giurisprudenza costituzionale ha subito successivamente un ridimensionamento¹⁰ alla luce dal regime derogatorio alla allora vigente regola generale dell'autorizzazione preventiva¹¹, che, stante l'eccezionalità e la gravità delle prestazioni sanitarie

¹⁰ Cfr. Corte Cost., 20 novembre 2000, n. 509, in *Giur. Cost.*, 2000, 6 ss., che stabilisce che «È costituzionalmente illegittimo l'art. 2 comma 3 l. reg. Lombardia 5 novembre 1993 n. 36, nella parte in cui non prevede il concorso nelle spese per l'assistenza indiretta, per le prestazioni di comprovata gravità e urgenza, quando non sia possibile ottenere la preventiva autorizzazione e sussistano le altre condizioni necessarie per il rimborso. La preclusione assoluta ed indifferenziata dell'ammissibilità del rimborso delle spese sostenute in tutti i casi nei quali l'assistito non abbia preventivamente richiesto l'autorizzazione per accedere all'assistenza indiretta, senza alcuna deroga neppure per le ipotesi in cui ricorrano particolari condizioni di indispensabilità, gravità e urgenza non altrimenti sopperibili, non assicura l'effettiva tutela della salute e vulnera l'art. 32 Cost., ponendosi altresì in contrasto con l'art. 3 Cost. perché realizza una soluzione intrinsecamente non ragionevole»; Corte Cost., 16 luglio 1999, n. 309, in *Giur. Cost.*, 1999, 4, 2508 ss., con nota di L. PRINCIPATO, *Il diritto costituzionale alla salute: molteplici facoltà più o meno disponibili da parte del legislatore o differenti situazioni giuridiche soggettive?*, in *Giur. Cost.*, 2001, 2, 873 ss. che stabilisce che «Sono costituzionalmente illegittimi - per contrasto con l'art. 32 Cost. - l'art. 37 l. 23 dicembre 1978 n. 833 e gli art. 1 e 2 d.P.R. 31 luglio 1980 n. 618, nella parte in cui, a favore dei cittadini italiani che si trovano temporaneamente all'estero, non appartengono alle categorie indicate nell'art. 2 del medesimo decreto e versano in disagiate condizioni economiche, non prevedono forme di assistenza sanitaria gratuita da stabilirsi dal legislatore».

¹¹ La disposizione di riferimento è la legge n. 595 del 23 ottobre 1985, rubricata «norme per la programmazione sanitaria», che all'articolo 3, comma 5, ha stabilito che con Decreto del Ministero della Sanità siano previsti i criteri di fruizione, in forma indiretta, di prestazioni assistenziali presso centri di altissima specializzazione all'estero, in favore di cittadini italiani residenti in Italia, per prestazioni che non siano ottenibili nello Stato italiano tempestivamente o in forma adeguata alla particolarità del caso clinico. In attuazione di tale disposizione è stato successivamente emanato il decreto del Ministero della Sanità del 3 novembre 1989, in materia di fruizione, in forma indiretta, di prestazioni assistenziali presso i centri di altissima specializzazione all'estero. L'art. 5 del d.m. del 3 novembre 1989 ha previsto i Centri di altissima specializzazione all'estero, stabilendo, al primo comma, che «Ai fini del presente decreto è da considerarsi centro di altissima specializzazione la struttura estera, notoriamente riconosciuta in Italia, che sia in grado di assicurare prestazioni sanitarie di altissima specializzazione e che possieda caratteristiche superiori paragonate a *standards*, criteri e definizioni propri dell'ordinamento sanitario italiano», al secondo, che «La valutazione della sussistenza dei predetti requisiti è rimessa al centro regionale di riferimento territorialmente competente». Il decreto, in sostanza, ha stabilito espressamente le condizioni e i presupposti per l'accoglimento delle richieste di prestazione da erogarsi all'estero, in favore dei cittadini italiani residenti in Italia: sono, il primo, che la prestazione non sia ottenibile tempestivamente in Italia e, il secondo, che la prestazione non sia ottenibile in forma adeguata alla particolarità del caso clinico. Per "prestazione non ottenibile tempestivamente", ai sensi dell'art. 2 del d.m. del 3 novembre 1989 deve intendersi quella prestazione per la cui erogazione le strutture pubbliche o convenzionate con il Servizio Sanitario Nazionale richiedono un periodo di attesa incompatibile con l'esigenza di assicurare con immediatezza la prestazione stessa, ossia quando il periodo di attesa comprometterebbe gravemente lo stato di salute dell'assistito ovvero precluderebbe la possibilità dell'intervento e delle cure. Per prestazione "non ottenibile in forma adeguata alla

richieste, ha differito gli adempimenti volti alle verifiche dei presupposti di legge ad un momento successivo¹².

Nella ipotesi in cui si fosse verificata una situazione di “comprovata eccezionale gravità ed urgenza” - una situazione in grado di determinare per il paziente il pericolo di vita, di aggravamento della malattia o di non adeguata guarigione, superabile soltanto con la somministrazione di cure immediate non erogabili dal Servizio Sanitario Nazionale – non essendo necessaria la preventiva autorizzazione dell’amministrazione sanitaria, si manifesterebbe a pieno il diritto fondamentale alla salute: non vi sarebbe in questo caso esercizio di alcun potere (discrezionale) da parte dell’amministrazione (che, infatti, non sarebbe tenuta a rilasciare alcuna preventiva autorizzazione), ragion per cui, in tale ipotesi, riemergerebbe la

particolarità del caso clinico”, ai sensi dell’art. 2, comma 4, del d.m. 3 novembre 1989, si intende la prestazione che richiede specifiche professionalità ovvero procedure tecniche o curative non praticate ovvero attrezzature non presenti nelle strutture italiane pubbliche o convenzionate con il Servizio sanitario nazionale. A stretto giro è stato successivamente emanato il decreto ministeriale del 24 gennaio 1990 - successivamente modificato dal decreto del 13 maggio 1993, per i soli casi di urgenza- avente ad oggetto l’identificazione delle classi di patologia e delle prestazioni fruibili presso centri di altissima specializzazione all’estero e l’elenco delle patologie per le quali, superati gli indicati tempi di attesa previsti dal decreto stesso, sia possibile ricevere autorizzazione per usufruire delle necessarie cure all’estero. Quanto alla procedura amministrativa di tipo autorizzatorio: la istanza, per mezzo dell’Azienda sanitaria regionale di iscrizione, è presentata al competente Centro regionale di riferimento, il quale - nel rilasciare l’autorizzazione – deve, in primo luogo, verificare la sussistenza sul territorio italiano di strutture idonee ad eseguire, entro tempi ragionevoli, le prestazioni sanitarie richieste e, in secondo luogo, valutare il carattere di cd. altissima specializzazione della struttura estera. I presupposti per il rilascio del provvedimento autorizzatorio sono, pertanto: a) la verifica dell’impossibilità di fruire tempestivamente di prestazioni nelle strutture del Servizio Sanitario Nazionale o ad esso convenzionate ovvero di prestazioni in forma adeguata alla particolarità del caso clinico; b) la verifica della qualifica di “altissima specializzazione” del centro di ricovero e della prestazione sanitaria da erogarsi; c) la verifica del decorso di un periodo di attesa incompatibile con la contrapposta esigenza di assicurare con immediatezza la prestazione al richiedente e con la natura della prestazione che richiede specifiche professionalità o procedure tecniche o curative non praticate o attrezzature non presenti nell’ambito delle strutture del Servizio Sanitario Nazionale o ad esso convenzionate.

L’unica deroga al regime autorizzatorio è stabilita espressamente dalla normativa, ex art. 7, comma 2, del decreto ministeriale del 3 novembre 1989 citato, per le prestazioni di comprovata eccezionale gravità ed urgenza, ivi comprese quelle usufruite dai cittadini che si trovino già all’estero; in tali casi la valutazione *ex post* della sussistenza dei presupposti e condizioni ed i pareri sulle spese rimborsabili è attribuita al Centro di Riferimento territorialmente competente, sentita la Regione.

¹² Cfr. A. GIUSTI, *Il danno alla salute nella giurisprudenza costituzionale*, in *Valutazione del danno alla salute*, a cura di BARGAGNA M.- BUSNELLI M., IV ed., Padova, 2001, 214.

situazione soggettiva dell'assistito di diritto soggettivo perfetto, tutelabile dinanzi al giudice ordinario¹³.

Mancando qui l'esercizio del potere autorizzatorio discrezionale della amministrazione, riemergerebbe dunque il diritto primario e fondamentale alla salute, il cui necessario temperamento con altri interessi, seppur costituzionalmente protetti, non vale a privarlo della consistenza di diritto soggettivo perfetto, tutelabile dinanzi al giudice ordinario¹⁴, per ottenere il rimborso delle spese sostenute.

La consistenza di diritto soggettivo, infatti, non verrebbe alterata, in quanto il potere dell'amministrazione sanitaria si sostanzierebbe nel mero esercizio di apprezzamento dell'urgenza della prestazione sanitaria ottenuta all'estero, secondo criteri di discrezionalità tecnica¹⁵: siffatto esercizio è sempre inidoneo a determinare l'affievolimento del diritto soggettivo, tanto più di un diritto primario e fondamentale come quello alla salute¹⁶.

Tale giurisprudenza era incentrata, in sostanza, sulla riemersione del diritto alla salute, come diritto fondamentale, primario ed inviolabile dell'individuo, non degradabile dal pubblico potere – secondo la teoria della c.d. degradabilità del diritto soggettivo a interesse legittimo¹⁷ - in vista di esigenze organizzative e /o finanziarie.

¹³ Cfr., T.A.R. Campania, sez. I, 22 ottobre 2007, n. 9815, in *Foro amm. TAR* 2007, 10 3178 ss., che stabilisce che «Nelle ipotesi in cui la controversia abbia ad oggetto la pretesa dell'assistito di ricevere prestazioni sanitarie in situazioni di urgenza, di pericolo di vita o comunque di un grave peggioramento, il diritto alla salute non è suscettibile di affievolimento, tale restando anche di fronte al potere dell'Amministrazione pubblica, con la conseguenza che la competenza a conoscere della stessa appartiene al g.o.»; Cass. Civ. Sez. Un., 30 maggio 2005, n. 11333, in *Giust. civ.*, 2005, 5 ss.; Cass. Civ. Sez. Un., 30 maggio 2005, n. 11334, in *Ragiusan*, 2005, 257, 204 ss.

¹⁴ Cfr. Corte Cass. Sez. Un., 10 marzo 1999, n. 117, in *Gius. Civ. Mass.*, 1999, 531 ss.; Corte Cass., Sez. Un., 28 ottobre 1998, n. 10737, in *Giust. Civ.*, 1998, 2199 ss.; Corte Cass., Sez. Un., 12 giugno 1997, n. 5297, in *Foro it.*, 1997, I, 2075 ss.; Cass. Civ. Sez. Un., 28 giugno 2006, n. 14848, in *Foro amm. CDS*, 2006, 11, 2996 ss.

¹⁵ Cfr. T.A.R. Lombardia, 18 luglio 2005, n. 769, in *Foro amm. TAR* 2005, 7/8, 2277 ss.

¹⁶ Corte Cass. Sez. Un., 30 maggio 2005, n. 11334, in *lexitalia.it* e in *Foro amm. CDS*, 2005, 1682 ss.

¹⁷ Sulla definizione e sulla problematica dei diritti non degradabili, cfr. F.G. SCOCA, *Le situazioni giuridiche soggettive dei privati*, in *Diritto amministrativo*, a cura di SCOCA F.G., Torino, 2008, 150 ss. L'A. conferma l'orientamento della Cassazione che ebbe inizio alla fine degli anni '70, che ritenne di «individuare diritti non limitabili né estinguibili ad opera dell'Amministrazione: si venne a creare la categoria dei diritti non degradabili, detti anche

Pertanto, in sostanza, il diritto a ricevere prestazioni sanitarie¹⁸ all'estero si snoderebbe in due distinte tipologie: una generale o ordinaria, condizionata e dipendente da esigenze e da disponibilità organizzatorie e finanziarie dell'amministrazione sanitaria¹⁹; l'altra autonoma e indipendente – a questo punto, eccezionale - in cui primeggerebbe il bene salute.

Abbracciando questa distinzione, diverrebbe dirimente per individuare la posizione giuridica soggettiva dell'individuo che richiede il rilascio dell'autorizzazione all'erogazione di cure in uno Stato estero, poi negatogli, capire se si tratti di un diritto condizionato o di un diritto fondamentale alla salute, perché potrebbe essere utile a determinare l'autorità giudiziaria competente, secondo il tradizionale criterio del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo che si fonda sulla lesione della situazione giuridica soggettiva.

In questo modo, in sostanza, la materia sembrerebbe allinearsi al tradizionale criterio di riparto che si basa sul binomio innanzi descritto.

diritti resistenti; categoria alla quale venivano ricondotti quei diritti che avevano riconoscimento nella Costituzione».

Cfr. anche C. SANTORIELLO, *Nuovi orientamenti in tema di ripartizione della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Giust. Civ.*, 1992, I, 2729; A. CARIOLA, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 200 ss.; A. CORASANITI, *I diritti fondamentali e la ripartizione della giurisdizione*, in AA.VV., *Nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di ripartizione della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro amm.*, 1981, 2148 ss.; R. GIOVAGNOLI, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo: un binomio davvero impossibile?*, in *Urb. e app.*, 2005, 1157 ss.; M. ANDREIS, *La tutela della salute tra tecnica e potere amministrativo*, Milano, 2006.

¹⁸ Cfr. S. OGGIANU, *I principi sulla tutela della salute ed il riparto di giurisdizione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2009, 1, 178. Sul diritto sociale alla salute, cfr. B. PEZZINI, *Principi costituzionali e politica della sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizione del diritto sociale alla salute*, in *Profili attuali del diritto alla salute*, a cura di PEZZINI B.- GALLO C.E., Milano, 1998; E. BALBONI, *Diritti sociali e doveri di solidarietà*, Bologna, 1987; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritti sociali*, in *Ns. Dig. it.*, V, Torino, 1960, 759 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali: libertà e diritti sociali*, II ed., Torino, 2005; M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Scritti in onore di M. Mazziotti di Celso*, Padova, 1995; M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *Enc. del dir.*, XII, Milano, 1964; F. SALMONI, *Diritti sociali, sovranità fiscale e libero mercato*, Torino, 2005.

¹⁹ Il diritto segnatamente è condizionato dal limite massimo di spesa destinato dallo Stato alla assistenza sanitaria, che, in forza della regola delle pari opportunità, trova la propria ragion d'essere nel rendere uguale l'accesso alle prestazioni mediche a tutti, tanto da tradurre il diritto in un "minimo decente ed adeguato di cure", in relazione alla distribuzione delle risorse. Cfr. P. FRATI, *Diritto alla salute, efficacia terapeutica e libertà di cura: a margine del caso Di Bella*, in *Rass. giur. sanità*, 1998, 184 ss.

Invero, secondo la normativa attuale, la posizione soggettiva del cittadino - utente può assumere il duplice aspetto di diritto soggettivo o di interesse legittimo, a seconda del momento in cui si verifica l'effettiva necessità di recarsi nel Paese estero e a seconda del momento in cui gli viene eventualmente negata l'autorizzazione²⁰.

In particolare, a seguito dell'istanza per ottenere l'autorizzazione preventiva per cure sanitarie erogabili all'estero presentata dal paziente all'Amministrazione sanitaria, si avvia un vero e proprio procedimento amministrativo di tipo autorizzatorio, come innanzi accennato, atto a valutare la sussistenza dei presupposti legali, che può concludersi con un provvedimento di accoglimento o di diniego della richiesta stessa.

La potestà autorizzatoria della amministrazione si sostanzia nella scelta discrezionale di una struttura ospedaliera, fuori dal territorio nazionale, che non è assoluta e incondizionata ma è subordinata al riconoscimento, da parte della struttura pubblica medesima, della propria incapacità a soddisfare adeguatamente l'esigenza dell'assistito, tempestivamente e in forma adeguata, anche sotto il profilo della disponibilità finanziaria²¹.

Quindi, a fronte dell'esercizio di siffatto potere autorizzatorio, sussisterebbe una posizione di mero interesse legittimo di tipo pretensivo²²: infatti, il provvedimento che autorizza, in via preventiva, il ricovero all'estero e che ammette al successivo

²⁰ Cfr. M. VAGLI, *Cure ed interventi sanitari eseguiti all'estero in centri di altissima specializzazione: diritto soggettivo od interesse legittimo?*, in *lexitalia.it*; G. LA TORRE, *Prestazioni sanitarie-Autorizzazione per il ricovero all'estero. Presupposti, condizioni e limiti*, in *L'Amministrazione Italiana*, 1996, 6, 960 ss.

²¹ Cfr. A. SANTUARI, *Profili giuridici di tutela del paziente e diritto alla mobilità sanitaria. Opportunità e vincoli finanziari*, in *GiustAmm.it*, 2014, 111 e ss.

²² Cfr. T.A.R. Lazio, 6 giugno 2002, n. 680, in *Foro amm. T.A.R.* 2002, 2120 ss., con nota di F. RAPONI, che afferma che «Rientra nella giurisdizione del g.a. la controversia avente ad oggetto l'annullamento del diniego di autorizzazione ad effettuare cure sanitarie all'estero; essa implica, infatti, la valutazione della correttezza dell'esercizio del potere autorizzatorio dell'Amministrazione sanitaria, il quale è espressione di discrezionalità amministrativa, avendo ad oggetto la valutazione della capacità del S.s.n. di soddisfare l'esigenza dell'assistito anche sotto il profilo della disponibilità finanziaria, a fronte della quale la posizione soggettiva di quest'ultimo è di interesse legittimo»; Corte Cass. Sez. Un., 10 novembre 1992, n. 12099, in *Sanità pubblica*, 1993, 789 e ss.; Cass., 27 dicembre 1990, n. 12166, in *Mass.*, 1990.

rimborso delle spese sostenute²³ è subordinato ad una valutazione discrezionale dell'amministrazione competente in ordine alla sussistenza dei presupposti richiesti *ex lege* che, pertanto, configurerebbe l'esercizio di poteri autoritativi, cui non può che correlarsi (nei confronti dei richiedenti) una posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo²⁴.

Pertanto, il soggetto che si vede negata l'autorizzazione ad effettuare cure sanitarie all'estero, allorquando ritenga sussistenti i presupposti previsti dalla legge per ottenerla, può adire il giudice amministrativo, al fine di ottenerne l'annullamento, in virtù del corretto esercizio del potere da parte della amministrazione sanitaria²⁵.

La giurisprudenza, soprattutto quella più recente del giudice amministrativo, si è allineata a questa interpretazione e infatti ritiene che la posizione giuridica soggettiva del soggetto che richieda l'autorizzazione al ricovero all'estero sia, senza dubbio, di interesse legittimo e rientrante nella giurisdizione del giudice amministrativo.

In definitiva, la materia delle prestazioni sanitarie da erogarsi all'estero appare confermarsi una delle fattispecie "a limite" in cui si manifesterebbero entrambe le situazioni giuridiche soggettive: di interesse legittimo, limitato da giustificate e ragionevoli esigenze di interesse pubblico superiore (interesse della collettività e disponibilità di risorse finanziarie) e di diritto fondamentale e inderogabile alla salute del singolo, non suscettibile di restrizioni dettate dal pubblico potere. Questo determina senza dubbio uno stato di confusione nella individuazione dell'autorità

²³ Cfr. N. POSTERARO, *Assistenza sanitaria transfrontaliera in Italia e rimborso delle spese sostenute*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 1, 489 e ss.

²⁴ Cfr. T.A.R. Lazio, 17 ottobre 2005, n. 1071, in *Foro amm. TAR* 2006, 2, 641; Cass. Civ. Sez. Un., 28 ottobre 1998, n. 10737, in *Giust. Civ.*, 1998, 2199 ss.

²⁵ Sul punto si può tener conto di molteplici pronunce giurisprudenziali che hanno confermato l'illegittimità del diniego di autorizzazione a fruire di prestazioni sanitarie all'estero, quando si sia dimostrato che la prestazione debba essere fruita presso un centro di altissima specializzazione e che tale prestazione non sia ottenibile in Italia presso i servizi di alta specialità, in modo tempestivo ovvero in modo adeguato alla particolarità del caso clinico, cfr. T.A.R. Toscana, sez. II, 16 aprile 1997, n. 219, in *Sanità pubblica*, 1998, 11/12, 1167, con commento di C. CORBETTA, *Sull'autorizzazione a fruire di prestazioni sanitarie all'estero*; cfr. anche T.A.R. Toscana, sez. II, 17 dicembre 1997, n. 826, in *Sanità pubblica*, 1998, 11, 1172 ss.

giudiziaria competente, a discapito delle aspettative di tutela giurisdizionale,²⁶ costituzionalmente garantita ai singoli utenti.

3. Le posizioni opposte della giurisprudenza: le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si pronunciano sulla giurisdizione attribuendola al giudice ordinario

A dipanare il descritto quadro confusionario e il consequenziale contrasto giurisprudenziale, è intervenuta in un recente passato, il giudice a ciò competente nell'ordinamento nazionale, ossia la Corte di Cassazione a Sezioni Unite²⁷, secondo cui la giurisdizione spetterebbe sempre al giudice ordinario²⁸, sia nel caso siano adottate situazioni di eccezionale gravità ed urgenza, prospettate come ostative alla possibilità di preventiva richiesta di autorizzazione, come innanzi esaminato, sia nel caso che l'autorizzazione sia stata chiesta e che si assuma illegittimamente negata.

In sostanza, verrebbe sempre in considerazione il fondamentale diritto alla salute, che non può essere affievolito o degradato dalla discrezionalità (meramente tecnica, a dire del supremo consesso) dell'amministrazione, in ordine all'apprezzamento dei presupposti per l'erogazione delle prestazioni all'estero.

Il diritto alla salute, in generale, dunque, rimarrebbe un diritto primario e fondamentale, non solo quando esista realmente una situazione di urgenza, ma anche nei casi in cui sussista l'esigenza di un suo contemperamento con altri

²⁶ Cfr. C. FRANCHINI, *Giustizia e pienezza della tutela nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Giustizia amministrativa*, 2009, 231 e ss.

²⁷ Cfr. Cass. Sez. un. 20 gennaio-6 febbraio 2009, n. 2867.

²⁸ In tal senso, anche T.A.R. Toscana, Firenze, sez. II, 4 novembre 2019, n. 1472, secondo cui spetta al giudice ordinario la controversia relativa al diniego di autorizzazione a fruire cure mediche all'estero, dal momento che non involge profili di bilanciamento tra interesse pubblico e privato, essendo unicamente fondato su una verifica circa la rispondenza della situazione dei ricorrenti ai presupposti legislativamente stabiliti per l'accoglimento della loro richiesta. Si tratta di una situazione in cui non viene esercitato un pubblico potere, nemmeno in via mediata e che, pertanto, non può che essere ricondotta alla giurisdizione ordinaria. Cfr. anche T.A.R. Piemonte, sez. I, 16 dicembre 2019, n. 1229.

interessi costituzionalmente protetti che potrebbero sottrargli la consistenza di diritto soggettivo perfetto.

In particolare, secondo la Cassazione, diverrebbe irrilevante - sul piano del riparto di giurisdizione - se l'intervento o la cura attengano a una situazione grave ovvero ordinaria, in quanto appare poco logico orientare la giurisdizione a seconda della tipologia d'intervento da seguire o della cura da somministrare.

In entrambi le ipotesi (ma soprattutto nei casi di richieste di autorizzazione preventive), infatti, il potere della amministrazione sanitaria deve confrontarsi con due opposte esigenze, ossia quella di evitare, da una parte, inutili esborsi e, dall'altra, lunghe liste di attesa, che potrebbero compromettere seriamente la salute del paziente.

Pertanto, in questa fattispecie, l'amministrazione eserciterebbe un potere discrezionale meramente tecnico, dal momento che, con l'ausilio di organi competenti, per lo più tecnici (medici)²⁹, deve limitarsi a verificare se esistano in Italia strutture sanitarie in grado di eseguire tempestivamente l'intervento per cui è stata richiesta l'autorizzazione preventiva a recarsi all'estero, oltre a corrispondere il rimborso sostenuto dal cittadino.

Ne conseguirebbe che la situazione giuridica del cittadino sarebbe, per l'appunto, sempre di diritto soggettivo perfetto alla salute³⁰, non comprimibile né parzialmente limitabile dalla discrezionalità tecnica della amministrazione, non solo nelle ipotesi di autorizzazione "posticipata" nelle situazioni di urgenza, ma

²⁹ Cfr. S. CASTRO, *La contestazione sulla scelta della struttura non sposta la competenza verso il Tar*, in *Guida al diritto*, 2009, 12, 41 ss., il quale chiarisce che l'accertamento del caso affrontato dalle Sezioni Unite non poteva che essere condotto da medici specializzati, perché non è semplice stabilire se una determinata struttura sia o meno in grado di provvedere al pari di una struttura estera. L'A. aggiunge che il contenuto della discrezionalità tecnica, chiaramente, si riduce di molto innanzi a patologie mediche semplici, come si complica dinanzi a quadri clinici oggettivamente difficili. Ragion per cui, non appare condivisibile che la valutazione resa dal competente personale medico possa compromettere sia l'esercizio del diritto al rimborso, sia la regolarità dell'avviata procedura.

³⁰ La Cassazione, nei motivi della decisione, afferma che «l'esigenza del contemperamento del primario e fondamentale diritto alla salute con altri interessi, a loro volta costituzionalmente protetti, non è sufficiente a sottrargli la consistenza di diritto soggettivo perfetto». Come affermato da S. CASTRO, *La contestazione sulla scelta*, cit., 42, che richiama le motivazioni della sentenza, neanche le pur apprezzabili esigenze di cassa dello Stato possono prevalere, a meno che non si profili un vuoto finanziario, che però, come insegna la realtà, è presto colmabile.

anche nei casi di autorizzazione preventiva legittimamente richiesta e illegittimamente negata al paziente dall'amministrazione sanitaria.

4. Il Consiglio di Stato torna sulla questione riaffermando la sua giurisdizione

In senso diametralmente opposto, invece, più di recente, si è pronunciato il giudice amministrativo³¹ sulla questione della giurisdizione nelle controversie aventi ad oggetto la legittimità delle autorizzazioni ad effettuare prestazioni sanitarie all'estero, riaffermando la sua giurisdizione trattandosi chiaramente - a suo avviso - della manifestazione di un potere amministrativo, il cui esercizio intermedia la situazione giuridica soggettiva del cittadino che aspira ad ottenere cure gratuite all'estero.

In particolare, questo orientamento giurisprudenziale ritiene rilevante l'interesse pubblico che il potere deve realizzare consistente, nel caso di specie, nel corretto utilizzo delle risorse e nel rispetto del buon andamento dell'amministrazione sanitaria che deve essere bilanciato con l'interesse del privato ad ottenere l'autorizzazione a curarsi all'estero. Invero, il potere (di natura programmatica) attribuito all'amministrazione è il frutto di due diversi apprezzamenti: l'uno di tipo tecnico; l'altro tipicamente amministrativo di natura discrezionale, a nulla rilevando la natura della situazione giuridica soggettiva del privato; in sostanza, «una volta che il potere è stato attribuito, è al corretto esercizio di questo che deve aversi riguardo per fornire piena tutela al titolare dell'interesse sostanziale (in ciò risiede l'essenza dell'interesse legittimo)»³².

Questo orientamento sicuramente supera la teoria della c.d. degradabilità delle situazioni giuridiche soggettive che colloca il diritto soggettivo in una posizione

³¹ Cons. Stato, sez. III, 21 ottobre 2020, n. 6371 e Cons. Stato, sez. III, 11 ottobre 2018, n. 5861. Più di recente, T.A.R. Napoli, sez. VI, 21 luglio 2021, n. 5083; Cons. Stato, sez. III, 7 gennaio 2014, n. 19.

³² Nota a Cons. Stato, sez. III, 21 ottobre 2020, n. 6371, in *dirittifondamentali.it*

privilegiata e superiore, tutelata direttamente dall'ordinamento, tanto da renderlo inaffievolibile, rispetto alla posizione minore in cui sarebbe collocato l'interesse legittimo tutelabile solo indirettamente dall'ordinamento come effetto della incisione provocata dall'azione amministrativa. Teoria che, in realtà, sembrava assecondare una forma di impermeabilità della posizione giuridica soggettiva di diritto soggettivo al potere amministrativo legittimamente attribuito dalla legge e consentire al giudice ordinario di prendere sempre posizione nonché di sindacare sui rapporti segnati dall'adozione di provvedimenti amministrativi.

Il supremo consesso richiama e rammenta i tre passaggi epocali che hanno consentito di superare la teoria della degradazione dei diritti soggettivi a interessi legittimi e hanno riconosciuto una piena autonomia a questi ultimi, come interessi relativi a un bene della vita meritevole di protezione dall'ordinamento, in posizione assolutamente paritaria, rispetto ai diritti soggettivi, soprattutto circa gli strumenti di tutela.

Come noto i tre passaggi sono: il primo è rappresentato dalla rivoluzionaria sentenza delle sezioni unite della Cassazione n. 500 del 1999 che ha attribuito "dignità" all'interesse legittimo rispetto al diritto soggettivo, soprattutto in termini risarcitori; il secondo è rappresentato dagli interventi legislativi culminati nell'introduzione del codice del processo amministrativo che hanno riconosciuto a entrambe le situazioni giuridiche soggettive (quindi anche ai diritti fondamentali, cioè collegati ad un bene della vita costituzionalmente protetto o socialmente considerato essenziale) una tutela pienamente soddisfatta dinanzi al giudice amministrativo³³; il terzo è, infine, rappresentato dagli approdi del giudice delle leggi³⁴, soprattutto dopo la storica sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004³⁵ che, imperniata sul principio di parità delle situazioni giuridiche soggettive,

³³ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321 che sottolinea come sia «tangibile l'evoluzione della giustizia amministrativa da strumento di garanzia della legalità della azione amministrativa a giurisdizione preordinata alla tutela di pretese sostanziali, come delineata dal suddetto nuovo codice del processo amministrativo».

³⁴ Si pensi, *ex multis*, alle sentenze della Corte costituzionale n. 140 del 2007 e n. 35 del 2010.

³⁵ L'indirizzo inaugurato dalla sentenza della Corte Costituzionale, la n. 204/2004³⁵, attribuisce al giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto l'esercizio di un potere autoritativo della P.a., che leda un interesse legittimo del privato. In tutte le controversie aventi ad oggetto

ha attribuito la giurisdizione al giudice amministrativo in tutte le controversie in cui sia coinvolta l'amministrazione come autorità, non assumendo alcuna incidenza l'interesse sostanziale da tutelare.

In definitiva, il sostrato sostanziale della situazione giuridica è sempre lo stesso³⁶ e non muta, né in *meius* né in *peius* (appunto degradandosi) a fronte dell'esercizio del potere dell'amministrazione che è oggetto del sindacato del giudice amministrativo anche nella fattispecie relative alla fruizione delle prestazioni sanitarie da erogarsi all'estero.

L'orientamento del giudice amministrativo ha, però, fatto di più.

Secondo un'interpretazione giurisprudenziale maturata proprio a ridosso della citata sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004, risulterebbe "caducata" la disposizione dell'art. 33 d.lg. n. 80/98, che devolveva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie "riguardanti le attività e prestazioni di

atti di esercizio del potere amministrativo, secondo le forme tipiche previste dall'ordinamento, sussiste una "riserva di giurisdizione" in favore del giudice amministrativo, sia nella sua giurisdizione esclusiva che nella giurisdizione di legittimità. La tutela, quindi, consentita ai titolari di tali diritti sarebbe quella tipica di interesse legittimo, basata non già sull'affermazione della incomprimibilità del diritto soggettivo ma sulla dimostrazione del cattivo esercizio del potere da parte dell'amministrazione e sulla invalidità del provvedimento incidente negativamente sul diritto.

Tutte le volte in cui sussista un provvedimento esercizio di un potere autoritativo dell'amministrazione, che leda o sacrifichi un interesse (di tipo pretensivo) del privato a ottenere una prestazione sanitaria, la giurisdizione apparterebbe al giudice amministrativo, davanti al quale sarebbe garantita una tutela demolitoria, comprensiva dei rimedi di carattere cautelare e, anche, risarcitorio.

In relazione ai commenti sulla sentenza della Corte Costituzionale del 6 luglio 2004, n. 204, cfr. AA. VV., *La sentenza della Corte Costituzionale 6 luglio 2004, n. 204* – Atti del Convegno su riparto di giurisdizione nelle controversie in cui è parte la pubblica amministrazione, a cura di FOLLIERI E., Milano, 2006; M.A. SANDULLI, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di Corte Cost. n. 204 del 2004)*, in *Riv. giur. edilizia*, 2004, 4, 1230 ss.; F. FRACCHIA, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: un istituto che ha esaurito le sue potenzialità?*, in *Servizi pubbl. e app.*, 2004, 4, 799 ss.; C. DELLE DONNE, *Passato e futuro della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella sentenza della Consulta n. 204 del 2004: il ritorno al «nodo gordiano» diritti-interessi*, in *Giust. civ.*, 2004, 10, 2237 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 (osservazioni a primissima lettura)*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 3, 820 ss.; C.E. GALLO, *La giurisdizione esclusiva ridisegnata dalla Corte costituzionale alla prova dei fatti*, in *Foro amm. CDS*, 2004, 7-8, 1908 ss.; F. SATTA, *La giustizia amministrativa tra ieri, oggi e domani: la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Foro amm. CDS*, 2004, 7-8, 1903 ss.; R. VILLATA, *Leggendo la sentenza n.204 della Corte Costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 865 ss.

³⁶ Cfr. Cass., 2 settembre 2014, n. 4460.

ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell'espletamento di pubblici servizi, ivi comprese quelle rese nell'ambito del Servizio sanitario", tra cui tradizionalmente si facevano rientrare anche le prestazioni sanitarie da erogarsi all'estero.

Tale interpretazione ha comportato che le controversie relative al rimborso delle spese sanitarie sostenute per assistenza all'estero, rientrassero sempre nei casi di giurisdizione del giudice ordinario sulla base della sussistenza di un rapporto obbligatorio tra cittadini e amministrazione che escluderebbe l'esercizio del potere autorizzatorio³⁷ da parte dell'amministrazione.

In sostanza, le suddette controversie venivano considerate non attinenti alla organizzazione del servizio sanitario, ma concernenti un rapporto tra il richiedente l'autorizzazione ad effettuare la prestazione sanitaria all'estero e l'amministrazione basato su un rapporto di utenza rientrante nella giurisdizione del giudice ordinario.

In questo modo, si veniva a configurare un rapporto paritetico tra utente e amministrazione senza alcun esercizio - da parte di quest'ultima - del potere (autorizzatorio) discrezionale, mancando la comparazione dell'interesse pubblico con quello del privato.

In queste ipotesi, si andava configurando tutt'al più l'esercizio di un potere di tipo vincolato a fronte di un rapporto obbligatorio paritetico tra l'amministrazione e l'utente.

Ma anche su questo aspetto, il giudice amministrativo nelle più recenti pronunce si è chiaramente espresso, escludendo che la natura vincolata del potere possa implicare il corollario della natura paritetica dei relativi atti e la conseguente giurisdizione ordinaria: da una parte, il potere vincolato non riduce il potere a un'obbligazione; dall'altra, come innanzi meglio specificato, nel caso di specie, vi è

³⁷ Cfr. Cass. Sez. Un., 08 maggio 2006, n. 10418, in *Foro amm. Cds*, 2006, 3, 509; Cass. Sez. un., 24 giugno 2005, n. 13548, in *Foro it.*, 2006, 4, 1150; T.A.R. Marche, Ancona, sez. I, 31 gennaio 2007, n. 14, in *Foro amm. Tar*, 2007, 1, 109; T.A.R. Piemonte, Torino, sez. II, 18 aprile 2005, n. 1031, in *Ragiusan*, 2005, 259, 268; T.A.R. Abruzzo, Pescara, 24 luglio 2003, n. 645, in *Foro amm. Tar*, 2003, 2319.

comunque esercizio del potere discrezionale che legittima la giurisdizione del giudice amministrativo per le relative ipotesi di controversie.

5. La “rivincita” del potere amministrativo sulle situazioni giuridiche soggettive come criterio attributivo della giurisdizione amministrativa sulla base della loro eguaglianza

Il tema delle prestazioni sanitarie all'estero offre l'occasione per una riflessione sui connotati delle situazioni giuridiche soggettive e sulla “rivincita” del potere amministrativo come elemento dirimente nell'individuazione della giurisdizione³⁸. Come noto, tradizionalmente, l'interesse legittimo ha faticato ad essere riconosciuto nell'ordinamento nazionale come una situazione giuridica soggettiva autonoma e indipendente rispetto al diritto soggettivo. Proprio per la sua articolata e complessa definizione nonché configurazione giuridica, esso, infatti, è sempre stato costruito in opposizione e confronto alla più riconosciuta posizione di diritto soggettivo, soprattutto dal punto di vista della tutela giurisdizionale.

Sotto quest'ultimo aspetto, già Feliciano Benvenuti³⁹, quando discorreva nei suoi scritti di un rapporto paritario tra amministrazione e privato⁴⁰, partiva dalla amara considerazione che tra le due posizioni giuridiche di interesse legittimo e diritto soggettivo esistesse una diversa tutela. Secondo Benvenuti, infatti, all'interesse legittimo è riconosciuto un «valore minore rispetto al diritto soggettivo in termini di tutela» che conduce al «disconoscimento di una posizione paritaria del cittadino nei confronti dell'amministrazione, quale è quella che deriva da un rapporto nel quale al cittadino sia riconosciuta una posizione di diritto soggettivo». Tuttavia,

³⁸ Cfr. B. GARGARI, *Il diniego di cure all'estero motivato con riguardo alle carenze strutturali dell'amministrazione sanitaria costituisce esercizio di un potere amministrativo, rientrando nella giurisdizione di legittimità del g.a., indipendentemente dal carattere vincolato o discrezionale dell'atto*, in *Foro amm.*, 2020, fasc. 9, 1613 e ss.

³⁹ F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Guicciardi*, Padova, 1975, *passim*.

⁴⁰ Cfr., sul punto, L. FERRARA, *La giustizia amministrativa paritaria e l'attualità del pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 4, 1009 e ss.

emergeva già nei suoi scritti la perplessità nei confronti di un potere amministrativo prevalente sulla posizione del cittadino e argomentava circa la necessità di armonizzare l'interesse privato con l'interesse pubblico, atteso che «in un ordinamento democratico non è con l'indiscriminato sacrificio degli interessi privati che si attua nel modo migliore l'interesse pubblico».

Ma è stato mediante lo studio delle norme costituzionali, in particolare degli artt. 2 e 97 della Costituzione, che l'Autore intravide l'occasione per ridurre la distanza tra interesse legittimo e diritto soggettivo tanto da riconoscere al primo una posizione pienamente protetta. Una graduale eguaglianza tra le due situazioni che, per essere realizzata, avrebbe dovuto superare alcuni ostacoli, primo fra tutto quello della risarcibilità dell'interesse legittimo, il cui dogma è stato infranto con la citata sentenza della Corte di Cassazione n. 500 del 1999 che ha inaugurato una stagione florida di rivincite da parte dell'interesse legittimo⁴¹ e degli strumenti di tutela a quest'ultimo accordati.

Una stagione che ha condotto a importanti risultati, soprattutto nella direzione di un progressivo avvicinamento tra il diritto soggettivo e l'interesse legittimo, in particolare proprio sotto il profilo della tutela giurisdizionale⁴².

Sul piano della tutela giurisdizionale, infatti, non vi sarebbe alcuna differenza tra le due posizioni giuridiche soggettive, ma rilevarebbe, invece, solo l'esercizio del

⁴¹ Alla base delle motivazioni di questa storica sentenza, per la configurabilità della responsabilità aquiliana dettata dall'art. 2043 c.c. non assume alcuna rilevanza la qualificazione formale della posizione giuridica soggettiva che vanta il soggetto, dal momento che la tutela risarcitoria si relaziona ed è assicurata solamente nel caso si riconosca un danno ingiusto. Quest'ultimo, infatti, può derivare indifferentemente sia dalla lesione di un diritto soggettivo sia di un interesse legittimo; l'unica condizione imposta dalla normativa è che si tratti di una situazione giuridica protetta dall'ordinamento. Cfr. A. MASARACCHIA, *Una doppia esigenza: effetti giuridici stabili e bilanci PA più solidi*, in *Guida al diritto*, 2017, 22, 105 che richiama la sentenza delle Sezioni unite della Cassazione n. 500 del 1999.

Da questa prospettiva (accolta, poi, dalla giurisprudenza successiva), le due situazioni sono eguali, tanto che dalla loro lesione in egual modo può derivare un danno. In altri termini, laddove il *vulnus* colpisca un interesse legittimo o un diritto soggettivo, l'entità del danno non muta in relazione alla situazione giuridica lesa. È, infatti, ormai consolidata opinione che l'interesse legittimo sia una situazione giuridica soggettiva, sostanziale, risarcibile: esso, infatti, ha raggiunto la compiutezza e la pienezza dei suoi mezzi di tutela. Cfr., F.G. SCOCA, *Le situazioni giuridiche soggettive dei privati*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2017, 45 e ID., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, *passim*.

⁴² Cfr. S. PERONGINI, *Genesi ed evoluzione del sistema di giustizia amministrativa*, in *Diritto processuale amministrativo*, a cura di G.P. CIRILLO – S. PERONGINI, Torino, 2020, 43 e ss.

potere amministrativo a determinare o meno la giurisdizione del giudice amministrativo a fronte, indifferentemente, della lesione della situazione giuridica soggettiva.

Non fosse altro perché il processo (che sia instaurato dinanzi al giudice ordinario o davanti al giudice amministrativo) si snoda nelle stesse modalità e con i medesimi caratteri.

Il processo, infatti, si sviluppa nell'ipotesi in cui la situazione giuridica soggettiva (sia di interesse legittimo sia di diritto soggettivo) sia stata lesa e il soggetto titolare della medesima intenda ottenere "giustizia" per il *vulnus* subito.

I soggetti si relazionano davanti a un terzo soggetto che è il giudice, il quale deve sindacare sull'assetto degli interessi coinvolti in relazione alla domanda giudiziale promossa dal privato.

La finalità epistemica del processo è, d'altra parte, l'«accertamento della verità»⁴³ adottata nel processo, al di là che la situazione giuridica soggettiva sostanziale sia di diritto soggettivo o di interesse legittimo.

Questi aspetti descritti - distintivi e caratterizzanti il processo - sono rintracciabili nel caso di lesione di entrambe le situazioni giuridiche soggettive; infatti, sotto questo profilo, il diritto di azione giurisdizionale deve intendersi come «diritto» a sé stante, secondo un'interpretazione di chiovendiana memoria⁴⁴, che attiene sia alla lesione del diritto soggettivo che dell'interesse legittimo.

In sostanza, il diritto di azione giurisdizionale connota entrambe le situazioni soggettive lese ed è un diritto che, sebbene connesso, è totalmente autonomo e slegato dall'interesse legittimo o dal diritto soggettivo che si intende tutelare dinanzi al giudice. Pertanto, nel momento in cui si inizi un'azione giudiziale, è trascurabile la differenza tra le due situazioni giuridiche soggettive.

⁴³ F. DI DONATO, *Il super-giudice ovvero il giudice come garante della funzione epistemica del processo. Note a margine di un volume di Michele Taruffo*, in *Soc. del dir.*, 2010, 1, 192 e ss. che nel commentare l'opera di Taruffo, sottolinea l'esistenza di sistemi in cui il processo è il mezzo per il raggiungimento di un fine consistente nella soluzione della controversia tra le parti, non già dell'accertamento della verità.

⁴⁴ F.G. SCOCA, *Le situazioni giuridiche soggettive dei privati*, cit., 41 che richiama G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, III ed., Napoli, 1923, 50.

D'altra parte, l'art. 24 della Costituzione prevede, senza alcuna distinzione, il potere di agire in giudizio per la tutela di diritti soggettivi e interessi legittimi, in egual maniera. La Costituzione, come è stato evidenziato, «non distingue, anzi *parifica totalmente il diritto soggettivo e l'interesse legittimo*»⁴⁵.

Il diritto di azione che la norma garantisce a tutti i soggetti dell'ordinamento non cambia se ad invocare la tutela sia il titolare di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo e, proprio per tale ragione, esso si connota della generalità, autonomia ed astrattezza⁴⁶, dove l'autonomia consiste, per l'appunto, nel diritto alla pronuncia giurisdizionale, al di là dell'esito favorevole o meno alla soddisfazione dell'interesse o del diritto che si presume leso.

La generalità sta a indicare l'attribuzione a tutti i soggetti dell'ordinamento del poter di invocare una tutela processuale, nel caso di un *vulnus* subito; mentre, per astrattezza si intende l'indipendenza dalla situazione sostanziale.

Dal punto di vista della tutela giurisdizionale, quindi, è difficile trovare delle differenze tra le due situazioni soggettive.

L'orientamento sostenuto dalla citata giurisprudenza amministrativa si colloca in questa direzione ed è, pertanto, assolutamente condivisibile in una prospettiva più ampia (che va al di là delle sacche di incertezza come quella relativa alla materia delle prestazioni sanitarie all'estero) nella misura in cui consente di riconoscere una tutela effettiva, piena e soddisfattiva a entrambe le situazioni giuridiche soggettive, in una posizione di assoluta parità, dinanzi al giudice amministrativo.

In sostanza, l'orientamento del giudice amministrativo si allinea sicuramente ai più recenti approdi dottrinali e giurisprudenziali che devolvono alla giurisdizione amministrativa le controversie concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo⁴⁷, al di là che quest'ultimo sia di natura discrezionale o vincolato e al di là della posizione giuridica soggettiva lesa.

⁴⁵ E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2017, 179.

⁴⁶ *Ibidem*, 180.

⁴⁷ Cfr. F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, cit., 2 e ss.

In ogni caso la giurisdizione spetta al giudice amministrativo: fuori discussione nelle controversie relative a provvedimenti manifestazione di esercizio del potere discrezionale, lo stesso può sostenersi per quelle relative a provvedimenti vincolati a fronte dei quali «non serve affatto stabilire se il cittadino sia titolare di diritti soggettivi o interessi legittimi»⁴⁸.

Ad essere dirimente, quindi, circa l'attribuzione della giurisdizione, non è l'inquadramento della situazione giuridica soggettiva, dal momento che sono assolutamente uguali, ma l'esercizio del potere amministrativo, inteso come criterio alla base del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo: ad assumere rilievo è, pertanto, il potere amministrativo (sia esercitato che non) essendo indifferente la lesione di interesse legittimo e di diritto soggettivo, anche se trattasi, come nel caso di specie, di un diritto fondamentale come quello alla salute. Anzi, il carattere fondamentale del diritto non rappresenta una deroga alla suddetta regola di riparto, né tanto meno gli va riconosciuto un ultroneo rilievo proprio per siffatta natura: è al potere, una volta attribuito, o meglio, al suo corretto esercizio che deve aversi riguardo per riconoscere una tutela piena al titolare dell'interesse sostanziale dinanzi al giudice amministrativo.

Ciò vale anche per il diritto alla prestazione sanitaria da erogarsi all'estero di cui si discute che necessita di una mediazione amministrativa dal momento che deve confrontarsi con interessi pubblici potenzialmente antagonisti e con le scarse risorse economiche e materiali disponibili. Ed è proprio l'attribuzione di un tale potere e del suo corretto esercizio che deve essere sindacato dal giudice amministrativo al fine di fornire piena tutela al titolare dell'interesse sostanziale, senza che abbia alcuna rilevanza la natura "fondamentale" della situazione giuridica.

Occorre, pertanto affrancarsi dal falso mito che solo il giudice ordinario possa garantire a questa tipologia di interesse o di situazione giuridica soggettiva una tutela piena ed effettiva: essa è assolutamente assicurata anche dal giudice amministrativo nella stessa e identica maniera e misura.

⁴⁸ *Ibidem*.

D'altra parte, se così non fosse, non si comprenderebbe la ragione per cui il giudice amministrativo debba esercitare un sindacato più debole, con meno poteri rispetto a quello che sarebbe garantito dal giudice ordinario; anzi, proprio le recenti conquiste del giudice amministrativo⁴⁹ - per lo più consacrate negli istituti del codice del processo amministrativo - lo rendono assolutamente uguale al giudice ordinario in ordine alla realizzazione della tutela delle due situazioni giuridiche soggettive, trattandosi entrambi di giudici preordinati alla tutela delle pretese sostanziali.

In definitiva, viene meno il "monopolio" del giudice ordinario come l'unico in grado di riconoscere tutela piena ed effettiva ai diritti soggettivi, non sussistendo, invero, alcun fenomeno di degradazione: «diritti soggettivi e interessi legittimi piuttosto convivono tutte le volte in cui l'interesse sostanziale di cui la persona è titolare è protetto nella vita di relazione e al contempo il suo godimento è conformato dalla legge attraverso la previsione di un potere pubblico che ne assicuri la compatibilità rispetto agli interessi della collettività»⁵⁰.

Si aggiunga che, pertanto, nel momento in cui si dà rilievo solo ed esclusivamente all'esercizio del potere amministrativo (come nel caso di specie in discorso) come criterio di attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo, in grado di assicurare al paziente una tutela piena ed effettiva (non minore rispetto a quella che tradizionalmente sarebbe garantita dal solo giudice ordinario) e si attribuisce, quindi, meno peso alla situazione giuridica soggettiva lesa, anche la distinzione tra le tre tipologie di giurisdizione amministrativa (in particolare ci si riferisce a quella esclusiva o di merito) non avrebbe più alcun senso.

In sostanza, la giurisdizione del giudice amministrativo potrebbe ormai intendersi come unica, senza alcuna distinzione interna, essendo assolutamente in grado di assicurare una tutela piena ed effettiva a tutte le posizioni giuridiche soggettive a fronte dell'esercizio del potere amministrativo: in questo modo, le zone d'ombra, attualmente esistenti, sarebbero lumeggiate e rischiarate.

⁴⁹ Cfr. G. DE GIORGI, *Poteri d'ufficio del giudice e caratteri della giurisdizione amministrativa*, in AIPDA, *Annuario 2012*, Napoli, 9 e ss.

⁵⁰ Cfr., Cons. Stato, sez. III, 21 ottobre 2020, n. 6371.

Il sistema dei media tra pluralismo, indipendenza e trasparenza. Compatibilità del quadro giuridico nazionale italiano con le norme dell'European Media Freedom Act (EMFA)

di
Ruben Razzante*

La compatibilità dell'ordinamento giuridico italiano con le norme contenute nell'European Media Freedom Act (EMFA) è un tema di grande rilevanza nell'attuale dibattito sulla libertà dei media e sulla tutela del pluralismo dell'informazione. L'EMFA è un'iniziativa legislativa europea volta a garantire e promuovere la libertà di stampa, l'indipendenza editoriale e il pluralismo dei media in tutti i Paesi membri dell'Unione Europea. Si tratta di una proposta di Regolamento Europeo presentato ufficialmente in data 16 settembre 2022 dalla Commissione, sulla base del potere di iniziativa legislativa a questa riconosciuto dai Trattati, che mira a istituire un quadro comune per i media nel mercato interno. La proposta di Regolamento è stata alimentata dalla necessità di un approccio comune a livello Europeo.

Si è osservato, infatti, come gli obiettivi dell'intervento non si sarebbero potuti conseguire con l'azione individuale degli Stati membri poiché i problemi sono di natura sempre più transfrontaliera e non sono limitati a singoli Stati.

La produzione, la distribuzione e la fruizione di contenuti mediatici sono infatti attività che assumono sempre più una dimensione digitale e transfrontaliera.

* Docente di Diritto dell'informazione all'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

La proposta di Regolamento Europeo ha dunque lo scopo di affrontare e tentare di risolvere la frammentarietà degli approcci normativi nazionali relativi alla libertà e al pluralismo dei media e all'indipendenza editoriale.

L'adozione di un approccio comune e il coordinamento a livello dell'UE, dovrebbero garantire il funzionamento ottimale del mercato interno dei servizi di media e impedire che - in futuro - emergano ostacoli alle attività dei fornitori di servizi di media in tutta l'UE.

In questa sede esamineremo attentamente i principali temi affrontati dall'EMFA, come il pluralismo dell'informazione, le concentrazioni mediatiche, l'indipendenza editoriale e la trasparenza degli algoritmi, analizzando la loro compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano.

Il pluralismo dell'informazione è un principio fondamentale per garantire una sana democrazia e una corretta informazione dei cittadini. L'EMFA prevede disposizioni specifiche volte a tutelare il pluralismo dell'informazione¹, come ad esempio l'obbligo per gli Stati membri di adottare misure per prevenire la concentrazione eccessiva dei media, sia a livello orizzontale che verticale. Ciò significa che le autorità italiane devono garantire che non ci sia un monopolio o una concentrazione eccessiva dei media, sia in termini di proprietà che di controllo dei contenuti, al fine di preservare la diversità delle voci e delle opinioni nell'ambito dell'informazione. La proposta di Regolamento Europeo contiene poi norme sull'indipendenza e sul finanziamento dei media del servizio pubblico, sulla trasparenza della proprietà dei media e dell'assegnazione della pubblicità statale, in modo che la stessa sia trasparente e non discriminatoria.

In Italia, negli ultimi anni si è assistito a una crescente concentrazione dei media, con un numero limitato di grandi gruppi che detengono una quota significativa dei mezzi di comunicazione. Questo fenomeno ha sollevato preoccupazioni sul

¹ La tutela del pluralismo dell'informazione nell'ordinamento giuridico italiano: analisi critica alla luce delle norme dell'European media freedom act (Emfa)" di Lorenzo Perri (Università degli Studi di Firenze), pubblicato su *Giurisprudenza costituzionale*, 2021.

pluralismo dell'informazione e sulla possibilità di un'ampia gamma di voci e opinioni nei media italiani. L'EMFA prevede che gli Stati membri adottino misure per prevenire la concentrazione eccessiva dei media e garantire un'effettiva pluralità dell'informazione. Inoltre, l'EMFA richiede che i media siano gestiti in modo indipendente dagli interessi politici e commerciali, al fine di garantire un'informazione equa e imparziale per i cittadini. Pertanto, è fondamentale valutare se l'ordinamento giuridico italiano sia compatibile con queste disposizioni².

Dal punto di vista dell'indipendenza editoriale³, l'EMFA prevede che gli editori siano liberi di operare senza interferenze indebite, pressioni politiche o commerciali.

È stata proprio la presa d'atto dell'esistenza di pressioni sulla stampa e la volontà di porre un freno al fenomeno, a giustificare la proposta di Regolamento.

La vicepresidente della Commissione per i valori e la trasparenza, Vera Jourova, ha infatti dichiarato: *"Negli ultimi anni abbiamo assistito a varie forme di pressione sui media. È giunto il momento di agire. Dobbiamo stabilire principi chiari: nessun giornalista dovrebbe essere spiato per via del suo lavoro; nessun media pubblico dovrebbe essere trasformato in canale di propaganda"*.

Questo principio è essenziale per garantire che i giornalisti possano svolgere il loro lavoro in modo professionale ed etico, senza influenze esterne che possano compromettere l'obiettività e l'integrità delle notizie. In Italia, l'indipendenza editoriale è garantita dalla Costituzione, che sancisce la libertà di stampa e l'autonomia dei giornalisti nell'esercizio della loro professione. Tuttavia, ci sono preoccupazioni sul fatto che talvolta l'indipendenza editoriale possa essere compromessa da pressioni politiche o economiche, specialmente quando i media

² *"La compatibilità dell'ordinamento giuridico italiano con le norme contenute nell'European media freedom act (Emfa) in materia di pluralismo dell'informazione, concentrazioni mediatiche, indipendenza editoriale, trasparenza algoritmo"* di Francesco Di Marzo (Università degli Studi di Milano), pubblicato su Rivista di Diritto dei Media, 2020.

³ *"L'indipendenza editoriale dei media in Italia: un'analisi critica alla luce delle norme dell'European media freedom act (Emfa)"* di Luca De Luca (Università degli Studi di Napoli Federico II), pubblicato su Giurisprudenza costituzionale, 2021.

sono di proprietà di grandi gruppi o di interessi particolari. Il Regolamento affronta quindi anche la questione delle concentrazioni dei media e prevede la creazione di un nuovo Consiglio europeo indipendente per i servizi di media - denominato "*European board for media services*" - composto dalle autorità nazionali dei media.

Il nuovo organo, destinato a sostituire il gruppo dei regolatori europei per i servizi di media audiovisivi (ERGA) (istituito ai sensi della direttiva sui servizi di media audiovisivi), sarà preposto a promuovere l'applicazione efficace e coerente del quadro normativo dell'UE in materia (ivi compresa l'adozione di iniziative di "*soft-law*", sulla falsariga del cd. "*strengthened Code of Practice on Disinformation*"⁴), assistendo la Commissione europea nella costante elaborazione di orientamenti interpretativi, con il compito - tra gli altri - di salvaguardare l'indipendenza degli editori nel rispetto di adeguati canoni di trasparenza sulla proprietà dei media, anche nell'ottica di prevenire il radicarsi di concentrazioni restrittive della libertà di informazione, nonché l'emergere di conflitti di interesse, suscettibili di pregiudicare il corretto funzionamento del settore.⁵

Pertanto, è necessario valutare se l'ordinamento giuridico italiano fornisca sufficienti garanzie per proteggere l'indipendenza editoriale e se sia compatibile con le disposizioni dell'EMFA.

⁴ Il codice di buone pratiche sulla disinformazione rafforzato ha il compito di fissare impegni e misure volte a contrastare la disinformazione online.

Il nuovo codice riunisce una gamma di parti interessate più diversificata che mai, consentendo loro di contribuire a miglioramenti di ampia portata, tramite la sottoscrizione di impegni precisi relativi al loro settore. Tali impegni comprendono la demonetizzazione della diffusione della disinformazione; garantire la trasparenza della pubblicità politica; rafforzare la cooperazione con i verificatori di fatti; facilitare l'accesso dei ricercatori ai dati.

⁵ L'art. 18 prevede che il "Consiglio europeo indipendente per i servizi di media" proceda all'organizzazione di un "dialogo strutturato" (i cui risultati saranno periodicamente riferiti alla Commissione europea) secondo un approccio multistakeholder di confronto partecipativo "tra i fornitori di piattaforme online di grandi dimensioni, i rappresentanti dei fornitori di servizi di media e i rappresentanti della società civile per discutere l'esperienza e le migliori pratiche [...] per favorire l'accesso a diverse offerte di servizi indipendenti media su piattaforme online molto grandi e per monitorare l'adesione alle iniziative di autoregolamentazione volte a proteggere la società da contenuti dannosi, compresa la disinformazione e la manipolazione e interferenza di informazioni estranee".

Giova evidenziare come gli algoritmi abbiano giocato - con l'avvento delle piattaforme online e dei social media - un ruolo sempre più importante nella selezione e nella presentazione dei contenuti ai consumatori. La trasparenza degli algoritmi è un tema emergente nell'ambito dell'informazione digitale.

Tuttavia, spesso questi algoritmi sono opachi e non sono soggetti a una supervisione o a una regolamentazione adeguata. L'EMFA prevede che gli algoritmi utilizzati dai media siano trasparenti, comprensibili e soggetti a supervisione al fine di garantire una presentazione equa e imparziale dei contenuti⁶. In Italia, è stato adottato il Decreto Legislativo n. 70/2003 che disciplina la responsabilità degli intermediari online e prevede obblighi di trasparenza riguardo all'indicizzazione e alla presentazione dei contenuti. Tuttavia, è ancora oggetto di dibattito se queste disposizioni siano sufficienti per garantire una piena trasparenza degli algoritmi utilizzati dai media online e se siano conformi alle disposizioni dell'EMFA.

Oltre a questi temi specifici, è importante considerare anche l'adeguatezza delle leggi e dei regolamenti esistenti in Italia per garantire una protezione efficace della libertà di stampa, dell'indipendenza editoriale e del pluralismo dell'informazione in conformità con l'EMFA. Ciò potrebbe includere l'analisi delle leggi sulla concorrenza e sulla proprietà dei media, dei codici etici giornalistici, delle leggi sulla protezione dei dati e della privacy, nonché delle normative sulla trasparenza e sull'accesso alle informazioni pubbliche.

Inoltre, è fondamentale tenere presenti anche le dinamiche politiche, sociali ed economiche del contesto italiano, che possono influenzare la compatibilità dell'ordinamento giuridico con le norme dell'EMFA. Ad esempio, la presenza di interessi politici o economici potrebbe alterare l'indipendenza dei media e la

⁶ "La trasparenza degli algoritmi nel contesto dei media italiani: un'analisi alla luce delle norme dell'European Media Freedom Act (Emfa)" di Francesca Russo (Università degli Studi di Torino), pubblicato su Rivista di Diritto dei Media, 2020.

concentrazione dei mezzi di comunicazione potrebbe sollevare preoccupazioni sulla conciliabilità con le disposizioni dell'EMFA.

In conclusione, la compatibilità dell'ordinamento giuridico italiano con le norme dell'EMFA riguardo al pluralismo dell'informazione⁷, alle concentrazioni mediatiche, all'indipendenza editoriale e alla trasparenza degli algoritmi è un tema complesso e in evoluzione. Mentre l'Italia ha una lunga tradizione di protezione della libertà di stampa e dell'indipendenza giornalistica, ci sono preoccupazioni riguardo alla concentrazione dei media e all'influenza degli interessi politici ed economici. Pertanto, è necessario un costante monitoraggio e un'analisi accurata delle leggi, dei regolamenti e delle dinamiche sociali ed economiche per valutare la compatibilità dell'ordinamento giuridico italiano con l'EMFA. Potrebbe essere necessario adottare ulteriori misure legislative o regolamentari per garantire una maggiore protezione del pluralismo dell'informazione⁸, prevenire le concentrazioni mediatiche indesiderate, promuovere l'indipendenza editoriale e garantire la trasparenza degli algoritmi utilizzati dai media.

In proposito bisogna segnalare come la proposta di regolamento sia stata accompagnata dall'adozione di una Raccomandazione complementare (non vincolante) che, nell'operare una ricognizione delle migliori pratiche raccolte dal settore, mira ad incentivare la spontanea adozione di ulteriori misure su base volontaria, anche con un diretto coinvolgimento dei giornalisti per promuovere l'indipendenza editoriale e una maggiore trasparenza.

In altri termini la raccomandazione fornisce alcuni suggerimenti circa misure volontarie che le società di media dovrebbero prendere in considerazione di adottare, consentendo ai giornalisti di partecipare a decisioni cruciali per il

⁷ "La tutela del pluralismo dell'informazione nell'ordinamento italiano: riflessioni alla luce delle norme dell'European Media Freedom Act (Emfa)" di Stefano Ferrari (Università degli Studi di Milano Statale).

⁸ "La protezione del pluralismo dell'informazione nel diritto dell'Unione Europea: analisi delle norme dell'European Media Freedom Act (Emfa) e della loro compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano" di Stefano Delle Monache (Università degli Studi di Roma La Sapienza), pubblicato su *Giurisprudenza costituzionale*, 2021.

funzionamento dei media e strategie per garantire la stabilità - a lungo termine - della produzione di contenuti e notizie.

Ad esempio, potrebbe essere considerata l'introduzione di norme più rigorose sulla trasparenza degli algoritmi utilizzati dai media online, che prevedano l'obbligo di divulgare informazioni dettagliate sul funzionamento degli stessi e sulle logiche di selezione dei contenuti. Inoltre, potrebbero essere implementati meccanismi di supervisione indipendenti per monitorare l'uso degli algoritmi e garantire che siano conformi ai principi di imparzialità e pluralismo dell'informazione.

Potrebbero essere altresì considerate misure per prevenire la concentrazione dei media⁹ e garantire la diversità e il pluralismo dell'offerta informativa. Ciò potrebbe includere l'adozione di limiti o restrizioni sulla proprietà dei media da parte di grandi gruppi o di interessi particolari, nonché la promozione di mezzi di comunicazione indipendenti.

Inoltre, potrebbe essere valutata l'introduzione di codici etici giornalistici più rigorosi e vincolanti che promuovano l'indipendenza editoriale, la correttezza e l'equità nella presentazione dei contenuti giornalistici. Questi codici potrebbero includere disposizioni specifiche per prevenire l'ingerenza politica o economica nell'editoria e garantire l'autonomia dei giornalisti nella selezione e nella presentazione dei contenuti.

Infine, potrebbe essere necessario rafforzare le leggi esistenti sulla concorrenza e sulla protezione dei dati e della privacy per prevenire abusi o pratiche anti-concorrenziali nel settore dei media, garantendo così un ambiente concorrenziale sano e pluralista.

⁹ "La questione delle concentrazioni mediatiche in Italia: prospettive e sfide alla luce delle norme dell'European media freedom act (Emfa)" di Maria Grazia Giordano (Università degli Studi di Padova), pubblicato su Rivista di Diritto dei Media, 2020.

Tuttavia, è importante considerare anche i possibili ostacoli e le sfide nell'attuazione di tali misure, come la resistenza da parte dei grandi gruppi mediatici o degli interessi politici ed economici, nonché la necessità di bilanciare la libertà di espressione con altri diritti e interessi legittimi.

Inoltre, potrebbe essere indispensabile promuovere un dialogo costruttivo tra i vari attori interessati, come i mezzi di comunicazione, i giornalisti, i regolatori e la società civile, al fine di trovare soluzioni equilibrate e sostenibili per garantire il pluralismo dell'informazione e l'indipendenza editoriale.

Infine, è fondamentale sottolineare che la protezione del pluralismo dell'informazione, la prevenzione delle concentrazioni mediatiche indesiderate¹⁰, l'indipendenza editoriale e la trasparenza degli algoritmi¹¹ non sono solo questioni legali, ma richiedono anche un impegno sociale e culturale per promuovere una cultura dell'informazione responsabile, critica e diversificata.

Il pluralismo dell'informazione è un principio fondamentale della democrazia moderna, che si basa sulla necessità di garantire una varietà di fonti e punti di vista nell'ambito della diffusione delle informazioni. Nel contesto dell'ordinamento giuridico italiano, il pluralismo dell'informazione è disciplinato da una serie di norme e principi che cercano di garantire la libertà di stampa e l'accesso a diverse fonti di informazione.

Innanzitutto, la Costituzione italiana sancisce il principio del pluralismo dell'informazione. L'articolo 21 della Costituzione afferma che "tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro

¹⁰ "Concentrazioni mediatiche e pluralismo dell'informazione: il quadro normativo italiano alla luce delle norme dell'European media freedom act (Emfa)" di Federica Caputo (Università degli Studi di Napoli Federico II), pubblicato su Rivista di Diritto dei Media, 2021.

¹¹ "La trasparenza degli algoritmi nei media: riflessioni alla luce dell'European media freedom act (Emfa) nell'ordinamento giuridico italiano" di Alessandro Bianchi (Università degli Studi di Bologna), pubblicato su Rivista di Diritto dei Media, 2020.

mezzo di diffusione" e "la stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure". Questo principio è stato confermato e integrato dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, che ha sottolineato l'importanza del pluralismo dell'informazione come valore fondamentale della democrazia e ha stabilito che la libertà di stampa include il diritto di scegliere le notizie da pubblicare e di esprimere opinioni diverse.

Tuttavia, il pluralismo dell'informazione può essere messo in discussione da vari fattori, come la concentrazione dei media, la diffusione delle fake news e la manipolazione dell'informazione da parte di interessi politici o economici. Pertanto, l'ordinamento giuridico italiano prevede una serie di norme volte a garantire il pluralismo dell'informazione e a tutelare i diritti dei giornalisti e dei cittadini.

Uno degli strumenti principali per promuovere il pluralismo dell'informazione in Italia è la legge sulla stampa. La legge stabilisce i principi e le regole per l'esercizio dell'attività giornalistica, garantendo la libertà di stampa e il diritto dei giornalisti di ottenere informazioni e di esprimere il proprio pensiero. La legge prevede anche obblighi e responsabilità per i giornalisti, come la verità delle notizie, il rispetto della privacy e il divieto di diffondere notizie false o diffamatorie.

Inoltre, l'ordinamento giuridico italiano prevede la creazione di un'autorità indipendente, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM), che ha il compito di garantire la pluralità dei mezzi di informazione e di vigilare sul rispetto delle regole in materia di comunicazione. L'Autorità ha il potere di sanzionare le violazioni della legge sulla stampa e di adottare provvedimenti per promuovere la pluralità delle voci nell'ambito dell'informazione.

Un altro aspetto importante dell'ordinamento giuridico italiano che contribuisce al pluralismo dell'informazione è la normativa sulla concorrenza. L'Autorità Garante

della Concorrenza e del Mercato ha il compito di vigilare sulla concorrenza nel settore dei media, prevenendo la formazione di posizioni dominanti che potrebbero limitare la pluralità delle voci nell'ambito dell'informazione. L'Autorità può adottare misure per evitare la concentrazione dei media e promuovere la concorrenza tra diverse fonti di informazione, al fine di garantire una maggiore pluralità nell'offerta mediatica.

Un altro strumento importante per promuovere il pluralismo dell'informazione è la promozione del giornalismo di qualità e l'educazione all'informazione. L'ordinamento giuridico italiano prevede l'adozione di misure per promuovere il giornalismo di qualità, ad esempio attraverso l'accesso a finanziamenti pubblici o agevolazioni fiscali per le testate giornalistiche indipendenti. Inoltre, è previsto l'inserimento dell'educazione all'informazione nei programmi scolastici, al fine di formare cittadini consapevoli in grado di valutare criticamente le fonti di informazione e contrastare la diffusione delle fake news.

Tuttavia, nonostante le norme e gli strumenti esistenti, il pluralismo dell'informazione in Italia affronta ancora diverse sfide. Una delle principali è quella discendente dal fenomeno della concentrazione dei media, con alcune grandi aziende che detengono una posizione dominante nel mercato dell'informazione, con conseguente limitazione della diversità delle voci e delle opinioni. Questo può compromettere la pluralità dell'offerta mediatica e ridurre la possibilità per i cittadini di accedere a informazioni diverse e contrastanti.

Inoltre, la diffusione delle fake news e - in generale - della disinformazione rappresenta un'altra sfida per il pluralismo dell'informazione. La velocità e l'ampia diffusione delle informazioni sui social media e su internet possono contribuire alla propagazione di notizie false, manipolate o tendenziose, compromettendo la qualità dell'informazione disponibile e rendendo difficile per i cittadini distinguere tra notizie vere e false.

Un'altra sfida per il pluralismo dell'informazione è rappresentata dall'influenza di interessi politici o economici sulla produzione e la diffusione delle informazioni. La manipolazione dell'informazione per scopi politici o economici può compromettere l'obiettività e l'indipendenza dei media, limitando la pluralità delle voci e delle opinioni presenti nell'informazione.

Per affrontare queste sfide e garantire un effettivo pluralismo dell'informazione, è importante continuare a promuovere una serie di misure nel contesto dell'ordinamento giuridico italiano, in linea con quanto previsto anche dall'EMFA. Ciò potrebbe includere l'adozione di norme che prevedono la trasparenza della proprietà dei media, l'incoraggiamento di nuove iniziative editoriali indipendenti, la promozione di standard etici nel giornalismo e la regolamentazione dei social media e della diffusione delle fake news.

Inoltre, è importante promuovere l'educazione all'informazione e la formazione dei cittadini, al fine di sviluppare una cittadinanza consapevole e critica in grado di valutare l'affidabilità delle fonti di informazione, considerarne l'attendibilità e contrastare la disinformazione.

In conclusione, il pluralismo dell'informazione è un principio fondamentale per garantire una democrazia sana e funzionante. L'ordinamento giuridico italiano prevede diverse misure per promuovere il pluralismo dell'informazione, ma affronta ancora diverse sfide, tra cui la concentrazione dei media, la diffusione delle fake news e l'influenza di interessi politici ed economici sull'informazione.

Per garantire un effettivo pluralismo a livello informativo, è necessario adottare una serie di misure, come la promozione del giornalismo di qualità, la trasparenza della proprietà dei media, l'incoraggiamento di nuove iniziative editoriali indipendenti e la regolamentazione dei social media. Inoltre, l'educazione

all'informazione e la formazione dei cittadini sono fondamentali per sviluppare una cittadinanza consapevole e critica.

È importante sottolineare che il pluralismo dell'informazione non significa solamente la presenza di diverse fonti di informazione, ma anche la possibilità per i cittadini di accedere a informazioni diverse e contrastanti, senza interferenze o manipolazioni. Il pluralismo dell'informazione favorisce infatti il dibattito pubblico, la partecipazione democratica e la formazione di opinioni informate.

Nel contesto italiano, il pluralismo dell'informazione è tutelato da diverse norme giuridiche, tra cui la Costituzione italiana, che sancisce il diritto alla libertà di stampa e di espressione, e la Legge sulla stampa, che prevede il diritto di rettifica e il divieto di censura preventiva. Tuttavia, è necessario continuare a sviluppare e migliorare il quadro normativo per affrontare le nuove sfide dell'era digitale e garantire un effettivo pluralismo dell'informazione. In questo percorso di sviluppo, le disposizioni contenute all'interno dell'EMFA possono rivelarsi cruciali.

Una delle sfide principali è – come anticipato – quella riguardante la concentrazione dei media, con alcune grandi aziende che detengono una posizione dominante nel mercato dell'informazione. Questo può limitare la diversità delle voci e delle opinioni presenti nell'offerta mediatica, riducendo la pluralità dell'informazione disponibile per i cittadini. Per affrontare questo problema, è importante adottare misure per promuovere la concorrenza tra diverse fonti di informazione e prevenire la formazione di monopolio o oligopolio nel settore dei media. Ciò potrebbe includere, ad esempio, la definizione di regole anti-concentrazione che limitino il possesso di più mezzi di comunicazione da parte di un singolo gruppo o individuo.

Un altro problema importante per il pluralismo dell'informazione è la diffusione delle fake news e della disinformazione. La velocità e l'ampia diffusione delle

informazioni sui social media e su internet possono contribuire alla propagazione di notizie false, manipolate o tendenziose, con conseguente compromissione della qualità dell'informazione disponibile. Per contrastare questo fenomeno, è importante adottare misure che promuovano la trasparenza e l'affidabilità delle fonti di informazione, e che permettano ai cittadini di valutare criticamente le informazioni che ricevono. Ciò potrebbe includere, ad esempio, la promozione di programmi di fact-checking e l'adozione di norme che obblighino la diffusione di notizie false o manipolate, così come l'educazione all'informazione nelle scuole e la promozione della media literacy tra i cittadini.

Inoltre, è importante affrontare il tema dell'influenza di interessi politici ed economici sull'informazione. La proprietà dei media può avere, infatti, un impatto significativo sulla pluralità dell'informazione, poiché determina la linea editoriale e l'orientamento politico dei media stessi. Per garantire un'informazione indipendente e pluralistica, è necessario promuovere la trasparenza della proprietà dei media, obbligando i proprietari dei relativi servizi di comunicazione a dichiarare pubblicamente le loro partecipazioni e interessi finanziari. Questo può consentire ai cittadini di valutare criticamente l'eventuale conflitto di interessi e l'obiettività dell'informazione.

Inoltre, la promozione di nuove iniziative editoriali indipendenti può contribuire a incrementare il pluralismo dell'informazione. Ciò potrebbe includere l'adozione di incentivi finanziari per sostenere il giornalismo di qualità e l'editoria indipendente, la promozione di cooperative giornalistiche e la creazione di fondi per il giornalismo d'inchiesta¹² e l'investigazione giornalistica. Queste iniziative possono favorire la nascita di nuove voci nell'arena mediatica e promuovere la diversità delle opinioni e delle prospettive.

¹² "Indipendenza editoriale e giornalismo d'inchiesta: la prospettiva dell'European media freedom act (Emfa) nell'ordinamento giuridico italiano" di Matteo Rossi (Università Cattolica del Sacro Cuore), pubblicato su *Giurisprudenza costituzionale*, 2020.

La regolamentazione dei social media è un'altra area cruciale per garantire il pluralismo dell'informazione. I social media hanno un impatto significativo sulla diffusione delle informazioni e sulla formazione dell'opinione pubblica, ma spesso mancano di un'adeguata regolamentazione. È dunque necessario adottare misure che responsabilizzino i social media nella diffusione dell'informazione, ad esempio attraverso la promozione della trasparenza degli algoritmi di selezione delle notizie, la lotta contro la disinformazione e la manipolazione dell'opinione pubblica e la protezione della privacy degli utenti.

Inoltre, come anticipato, l'educazione all'informazione e la formazione dei cittadini sono fondamentali per sviluppare una cittadinanza consapevole e critica. I cittadini devono essere in grado di valutare in modo critico le informazioni che ricevono, riconoscere le fake news e le manipolazioni dell'opinione pubblica, e avere una comprensione adeguata del ruolo e delle responsabilità dei media nella società democratica. L'educazione all'informazione dovrebbe essere parte integrante del sistema educativo e dovrebbe essere promossa anche tra gli adulti attraverso programmi di formazione e sensibilizzazione.

Tuttavia, è importante sottolineare che la regolamentazione dell'informazione e dei media deve essere equilibrata, garantendo la libertà di stampa e di espressione e rispettando i principi di indipendenza e autonomia dei media. La regolamentazione non dovrebbe essere utilizzata come strumento per limitare la pluralità delle opinioni o per interferire nella libertà di informazione e di espressione dei giornalisti. Inoltre, è fondamentale evitare qualsiasi forma di censura o controllo politico sull'informazione, in quanto ciò potrebbe minare la democrazia e la libertà di stampa.

L'ordinamento giuridico italiano prevede una serie di strumenti per garantire il pluralismo dell'informazione. Ad esempio, l'articolo 21 della Costituzione italiana sancisce la libertà di stampa come uno dei principi fondamentali della Repubblica,

e riconosce il diritto di informare e il diritto di essere informati come diritti inviolabili. Inoltre, la legge n. 62 del 2001, conosciuta come "legge sulla stampa", stabilisce i principi fondamentali della libertà di stampa e definisce i diritti e i doveri dei giornalisti.

Tuttavia, la normativa nazionale prevede anche una serie di regole e limiti alla diffusione dell'informazione. Ad esempio, la legge sulla diffamazione prevede la responsabilità civile e penale per coloro che diffamano o calunniano una persona attraverso i media. La legge sulla privacy, inoltre, disciplina la protezione dei dati personali e limita la diffusione di informazioni sensibili senza il consenso dell'interessato.

L'ordinamento giuridico italiano contempla anche una disciplina dei servizi di radiodiffusione e dei mezzi di comunicazione di massa. Ad esempio, come detto in precedenza, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM) è l'organo di regolamentazione indipendente responsabile del settore delle comunicazioni in Italia, compresi i media elettronici e la radiodiffusione. AGCOM ha il compito di promuovere il pluralismo dell'informazione, garantire la diversità delle opinioni e dei contenuti e tutelare i diritti dei consumatori nei confronti dei servizi di comunicazione.

Tuttavia, è importante sottolineare che l'ordinamento giuridico italiano deve affrontare sfide e questioni complesse relative al pluralismo dell'informazione. Ad esempio, la concentrazione dei media e l'influenza di interessi politici ed economici possono minare la pluralità dell'informazione e la libertà di stampa. Inoltre, la diffusione delle notizie false e della disinformazione sui social media rappresenta una sfida significativa per l'informazione verificata e di qualità.

Una delle questioni più controverse riguarda la regolamentazione dei social media e delle piattaforme online. Mentre la libertà di espressione e di informazione deve

essere garantita, è necessario anche affrontare la diffusione di notizie false, odio, discriminazione e altri contenuti nocivi sui social media. In Italia, sono state adottate alcune misure per combattere la disinformazione in tale canale comunicativo, ad esempio attraverso l'obbligo di segnalare la provenienza delle notizie online e la creazione di un Osservatorio per il contrasto delle fake news. Tuttavia, la questione della regolamentazione dei social media rimane complessa e in continua evoluzione, richiedendo un equilibrio tra la libertà di espressione e la protezione dell'informazione verificata e di qualità.

Un altro aspetto importante del pluralismo dell'informazione riguarda l'accesso alle fonti di informazione e la diversità dei mezzi di comunicazione. È fondamentale che i cittadini abbiano accesso a una varietà di fonti di informazione, che rappresentino diversi punti di vista e interessi, al fine di avere una visione completa e imparziale degli eventi. Inoltre, la diversità dei mezzi di comunicazione, tra cui giornali, radio, televisione e media online, è essenziale per garantire la pluralità delle voci e la competizione tra i diversi attori del settore dell'informazione.

Tuttavia, anche in Italia, come in molti altri Paesi, ci sono sfide legate alla concentrazione dei media. Alcune grandi società di media hanno acquisito diverse testate giornalistiche e reti televisive, determinando una riduzione della diversità delle fonti di informazione e una potenziale influenza sugli editoriali e la copertura giornalistica. La concentrazione dei media può limitare la pluralità delle voci e favorire la formazione di monopoli dell'informazione, con conseguenze negative per il pluralismo dell'informazione e la libertà di stampa.

Un altro aspetto importante riguarda la trasparenza della proprietà dei mezzi di comunicazione. È fondamentale che i cittadini siano informati sulla proprietà dei mezzi di comunicazione, compresi i legami tra proprietari di media e interessi politici, economici o finanziari. La trasparenza della proprietà dei mezzi di

comunicazione è essenziale per garantire la responsabilità e l'indipendenza dell'informazione, evitare conflitti di interesse e promuovere la pluralità delle voci.

Oltre alle questioni legate alla proprietà dei mezzi di comunicazione, è importante anche garantire la tutela dei giornalisti e la loro indipendenza professionale. I giornalisti devono poter operare senza pressioni o minacce, al fine di svolgere il loro ruolo di informatori indipendenti e garantire la qualità dell'informazione. In Italia, la legge prevede una serie di misure di protezione dei giornalisti, come la protezione della fonte e la tutela del segreto professionale. Tuttavia, è necessario continuare a promuovere un ambiente professionale sicuro e indipendente per i giornalisti, affinché possano svolgere il loro ruolo di informatori in modo efficace. Anche nel mercato interno i fornitori europei di servizi di media (e di conseguenza i giornalisti) sono esposti anche a crescenti ingerenze nelle loro decisioni editoriali e nella loro capacità di fornire servizi di media di qualità (vale a dire servizi prodotti in modo indipendente e in linea con gli standard giornalistici), come dimostrato dalle relazioni annuali della Commissione sullo Stato di diritto¹³ e dall'Osservatorio del pluralismo dei media. Tali problematiche sono ben evidenziate nell'ambito della proposta di Regolamento Europeo.

Il considerando n. 17 dell'EMFA sottolinea infatti che *“la tutela delle fonti giornalistiche è attualmente disciplinata in modo eterogeneo negli Stati membri. Alcuni Stati membri forniscono una protezione assoluta contro la costrizione dei giornalisti a divulgare informazioni che identificano la loro fonte nei procedimenti penali e amministrativi. Altri Stati membri forniscono una protezione qualificata limitata ai procedimenti giudiziari basati su determinate accuse penali, mentre altri forniscono protezione nella forma di un principio generale. Ciò porta alla frammentazione del mercato interno dei media. Di conseguenza, i giornalisti, che lavorano sempre più su progetti transfrontalieri e forniscono i loro servizi a un pubblico transfrontaliero e, per estensione,*

¹³ Relazione sullo Stato di diritto 2020, comunicazione e capitoli sui singoli paesi (COM(2020) 580 final e SWD(2020) 300-326 final); relazione sullo Stato di diritto 2021, comunicazione e capitoli sui singoli paesi (COM(2021) 700 final e SWD(2021) 701-727 final); relazione sullo Stato di diritto 2022, comunicazione e capitoli sui singoli paesi (COM(2022) 500 final e SWD(2022) 501-527 final).

fornitori di servizi di media, rischiano di incontrare ostacoli, incertezza giuridica e condizioni di concorrenza diseguali. Pertanto, la protezione delle fonti giornalistiche e delle comunicazioni necessita di un'armonizzazione e di un ulteriore rafforzamento a livello di Unione" (cfr. Considerando n. 17, cit.).

Inoltre, il pluralismo dell'informazione non riguarda solo la quantità di voci presenti, ma anche la qualità dell'informazione diffusa. La promozione dell'informazione verificata, accurata e basata sui fatti è fondamentale per contrastare la disinformazione e garantire un dibattito pubblico informato. In Italia, come in molti altri Paesi, sono state adottate misure per combattere la disinformazione, come la promozione dell'educazione ai media, la collaborazione tra i mezzi di comunicazione e le istituzioni accademiche per la verifica dei fatti e la sensibilizzazione del pubblico sull'importanza di valutare criticamente le fonti di informazione. Tuttavia, la lotta alla disinformazione è una sfida in continua evoluzione e richiede un impegno costante da parte di tutti gli attori coinvolti, compresi i cittadini stessi, i media, le istituzioni e le organizzazioni della società civile.

Il processo di digitalizzazione ha poi comportato l'insorgenza di ulteriori minacce alla libertà dell'informazione.

Il legislatore europeo ha infatti dovuto anche attenzionare il tema del rischio di indebite ingerenze politiche che, unitamente al pericolo di insidiose forme di sorveglianza in grado di controllare occultamente i giornalisti per effetto di sofisticati "spyware", possono - anche indirettamente - compromettere l'imparziale flusso informativo veicolato alla collettività degli utenti, a causa del ricorso a ingenti e stabili finanziamenti pubblici erogati dalle autorità statali con l'intento di imporre la diffusione di contenuti propagandistici "a senso unico" destinati a influenzare il dibattito sociale.

Sotto tale profilo il Regolamento prevede il divieto di utilizzo di spyware contro i media, i giornalisti e le loro famiglie. Restringe poi il campo delle eventuali eccezioni a questa regola per motivi di sicurezza nazionale, di competenza degli

Stati membri o in caso di indagini su un elenco ristretto di reati, come il terrorismo, l'abuso di minori o l'omicidio.

In questi casi, il ricorso agli spyware dovrebbe essere debitamente giustificato, caso per caso, in conformità con la Carta dei diritti fondamentali e in presenza di situazioni in cui nessun altro strumento investigativo sarebbe adeguato.

Qualsiasi giornalista interessato avrà il diritto di chiedere una tutela giurisdizionale effettiva, innanzi a un Tribunale indipendente nel rispettivo Stato membro. Inoltre, ogni Stato membro dovrà designare un'autorità indipendente per gestire i reclami dei giornalisti riguardanti l'uso di spyware contro di loro. Queste autorità indipendenti emetteranno, entro tre mesi dalla richiesta, un parere in merito al rispetto delle disposizioni del Media Freedom Act.

Dal punto di vista dell'ordinamento giuridico italiano, esistono diverse norme e principi che affrontano il tema del pluralismo dell'informazione. Uno dei principi fondamentali è sancito dalla Costituzione Italiana, che all'articolo 21 riconosce la libertà di stampa e di espressione come diritti fondamentali dei cittadini. La Costituzione stabilisce anche il divieto di censura preventiva e il diritto di rettifica per chiunque sia oggetto di notizie inesatte o lesive della propria reputazione.

Inoltre, in Italia esistono leggi specifiche che regolamentano il settore dei media e dell'informazione. Ad esempio, la legge sulla stampa (Legge 47/1948) stabilisce principi come l'obbligo di registrazione dei giornalisti, le responsabilità legali per la diffamazione e la tutela delle fonti giornalistiche. La legge sulla radiotelevisione (Legge 223/1990) regola invece il settore della radiotelevisione, compresi i principi di pluralismo e indipendenza dei mezzi di comunicazione.

Inoltre, come anticipato in precedenza, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM) è l'organismo indipendente responsabile della regolamentazione del settore delle telecomunicazioni e dei media in Italia. AGCOM ha il compito di promuovere il pluralismo dell'informazione, garantire la

diversità delle voci nei mezzi di comunicazione e monitorare il rispetto dei principi di equità, indipendenza e imparzialità dell'informazione.

Tuttavia, nonostante l'esistenza di queste norme e organi di regolamentazione, ci sono sfide e criticità che devono essere affrontate per garantire un effettivo pluralismo dell'informazione in Italia. Ad esempio, la concentrazione dei media, come già accennato, può limitare la diversità delle fonti di informazione e favorire la creazione di monopoli dell'informazione, con conseguenze negative per il pluralismo informativo. Inoltre, la diffusione di notizie false e la disinformazione rappresentano una sfida significativa per il pluralismo dell'informazione, poiché possono influenzare l'opinione pubblica e minare la fiducia nell'informazione verificata.

Un'altra critica riguarda la questione della trasparenza della proprietà dei mezzi di comunicazione. Non sempre è facile per i cittadini avere accesso alle informazioni sulla proprietà dei media e sui legami con interessi politici, economici o finanziari. La mancanza di trasparenza può influenzare la percezione dell'indipendenza e dell'imparzialità dell'informazione e minare il pluralismo dell'informazione.

Infine, la questione della sostenibilità economica dei mezzi di comunicazione è un'altra sfida che può influenzare il pluralismo dell'informazione in Italia. La crisi economica e i cambiamenti nel mercato pubblicitario hanno messo a rischio la sostenibilità finanziaria di molti media, sia tradizionali che digitali. La dipendenza dalle entrate pubblicitarie può influenzare l'indipendenza editoriale e limitare la diversità delle voci, poiché i media possono essere inclini a conformarsi alle aspettative dei loro finanziatori.

Sotto il profilo dei finanziamenti al servizio pubblico in ambito Europeo, bisogna evidenziare come importanti novità siano racchiuse nella proposta di Regolamento, che prevede che gli stessi siano adeguati e stabili, al fine di garantire l'indipendenza editoriale.

Il capo e il consiglio di amministrazione dei media di servizio pubblico dovranno essere nominati in modo trasparente, aperto e non discriminatorio. Facendo riferimento alla legge sui mercati digitali il Media Freedom Act stabilisce poi la “misurazione dell’audience” (art. 24) come obbligatorio sistema di calcolo dei prezzi pubblicitari, funzionale a garantire l’efficiente allocazione dei ricavi tra i fornitori di servizi multimediali, anche mediante la spontanea elaborazione di appositi codici di condotta per promuovere la trasparenza, l’inclusività e la non discriminazione.

Per affrontare queste sfide e promuovere un effettivo pluralismo dell’informazione, è necessario un impegno congiunto di tutti gli attori coinvolti, compresi i media, le istituzioni, la società civile e i cittadini stessi. Ecco alcune possibili linee di azione:

1. Promuovere la trasparenza: È importante garantire la trasparenza della proprietà dei media e dei legami con interessi politici, economici o finanziari. Ciò consentirà ai cittadini di valutare in modo critico le fonti di informazione e di comprendere eventuali conflitti di interesse che potrebbero influenzare l’indipendenza e l’imparzialità dell’informazione.

2. Favorire la diversità dei mezzi di comunicazione: Sostenere l’emergere e la sopravvivenza di mezzi di comunicazione indipendenti e diversificati è fondamentale per garantire un’ampia gamma di voci e opinioni nell’informazione. Ciò potrebbe includere l’adozione di misure per promuovere la pluralità della proprietà dei media, evitare la concentrazione dei media e garantire l’accesso equo alle risorse pubbliche. In proposito, il Media Freedom Act - in combinato disposto con il Digital Services Act (DSA) e il Digital Markets Act (DMA) - detta specifici requisiti per l’efficiente allocazione delle risorse pubblicitarie statali destinate ai media secondo standard trasparenti e non discriminatori per favorire lo sviluppo di un ecosistema equo, sostenibile e pro-concorrenziale sull’assunto che, a causa di un possibile impatto distorsivo delle fonti di finanziamento, i media di servizio

pubblico possono essere esposti al rischio di interferenze esterne che, dunque, giustificano la necessità di concrete garanzie a tutela della libertà di stampa anche contro la rimozione ingiustificata dei contenuti veicolati online.

3. Combattere la disinformazione: È necessario adottare misure efficaci per combattere la diffusione di notizie false e la disinformazione. Ciò potrebbe includere la promozione di educazione ai media e alle competenze digitali, la collaborazione tra media, istituzioni e organizzazioni della società civile per verificare e contrastare le notizie false e l'applicazione rigorosa delle leggi esistenti sulla diffamazione e sulla tutela della reputazione.

4. Potenziare i ruoli degli organi di regolamentazione: Gli organi di regolamentazione, come l'AGCOM, devono essere adeguatamente potenziati in termini di risorse, indipendenza e autorità per garantire un'efficace regolamentazione del settore dei media e dell'informazione. Ciò potrebbe includere la revisione delle leggi esistenti per garantire che siano adeguate alle sfide attuali e future e che siano applicate in modo coerente e imparziale.

5. Educare i cittadini alla valutazione critica delle fonti di informazione: È importante promuovere l'educazione ai media e alle competenze digitali tra i cittadini, in modo che siano in grado di valutare criticamente le fonti di informazione, riconoscere la disinformazione e partecipare in modo consapevole e responsabile al dibattito pubblico.

In conclusione, il pluralismo dell'informazione è un elemento fondamentale per una società democratica, poiché garantisce una molteplicità di voci, opinioni e prospettive. In Italia, l'ordinamento giuridico prevede diverse disposizioni volte a promuovere il pluralismo dell'informazione, tra cui la Costituzione, le leggi sulle telecomunicazioni e l'AGCOM come organo di regolamentazione del settore.

Tuttavia, ci sono ancora sfide da affrontare, come la concentrazione dei media, la disinformazione e la dipendenza dalle entrate pubblicitarie.

Per garantire un effettivo pluralismo dell'informazione, è necessario un impegno congiunto di tutti gli attori coinvolti, compresi i media, le istituzioni, la società civile e i cittadini stessi. Promuovere la trasparenza della proprietà dei media, favorire la diversità dei mezzi di comunicazione, combattere la disinformazione, potenziare i ruoli degli organi di regolamentazione ed educare i cittadini alla valutazione critica delle fonti di informazione sono alcune delle possibili linee di azione.

Solo attraverso un approccio integrato e collaborativo sarà possibile garantire un ambiente mediatico pluralistico e indipendente, che favorisca la partecipazione cittadina, il confronto democratico e la formazione di opinioni informate. Un'informazione pluralistica e di qualità è un pilastro fondamentale per il funzionamento di una società democratica, e come cittadini è nostro dovere impegnarci per preservarla e promuoverla.

Invero, la concentrazione mediatica si riferisce al fenomeno in cui un numero limitato di aziende o gruppi detiene un'elevata quota di mercato nel settore dei media, come la stampa, la radio, la televisione o l'editoria online. Ciò può comportare una riduzione della pluralità dei mezzi di comunicazione e influenzare la diversità delle voci e delle opinioni presenti nell'ambiente mediatico.

L'indipendenza editoriale si riferisce alla capacità di un'organizzazione giornalistica di operare in modo indipendente da interferenze esterne, come pressioni politiche, economiche o di altre parti interessate, al fine di garantire la veridicità e l'imparzialità delle notizie e dell'informazione diffusa.

In Italia, il tema della concentrazione mediatica e dell'indipendenza editoriale è stato oggetto di dibattito e ha sollevato preoccupazioni riguardo alla pluralità dei media e alla libertà di stampa. Nel contesto dell'ordinamento giuridico italiano, esistono alcune normative e leggi che affrontano questi temi.

Una delle leggi principali che regola la concentrazione mediatica in Italia è la Legge Gasparri, approvata nel 2004. Questa legge prevede una serie di norme volte a limitare la concentrazione di potere nel settore dei media, come il divieto di una singola società di possedere oltre il 20% del mercato televisivo nazionale e la limitazione del numero di reti televisive possedute da un singolo gruppo. Tuttavia, questa legge è stata oggetto di critiche da parte di alcuni che ritengono che non sia stata efficace nel garantire una vera pluralità dei media in Italia.

Inoltre, l'ordinamento giuridico italiano prevede anche norme volte a promuovere l'indipendenza editoriale. Ad esempio, la Costituzione italiana garantisce la libertà di stampa come diritto fondamentale e prevede la protezione dell'autonomia editoriale. Inoltre, esistono codici deontologici, come il Codice di autoregolamentazione dei giornalisti italiani, che stabiliscono principi etici per la professione giornalistica, compresi quelli relativi all'indipendenza editoriale e all'imparzialità nell'informazione.

Tuttavia, nonostante l'esistenza di queste norme, ci sono state preoccupazioni riguardo all'indipendenza editoriale in Italia. Ad esempio, alcune organizzazioni giornalistiche e gruppi di difesa dei media hanno sollevato preoccupazioni riguardo alla concentrazione dei media e all'influenza politica su alcuni media italiani. Inoltre, la diffusione di notizie false e la manipolazione dell'informazione hanno sollevato ulteriori preoccupazioni sulla qualità e l'affidabilità delle notizie diffuse in Italia.

In sintesi, la concentrazione mediatica e l'indipendenza editoriale sono temi importanti nel contesto dell'ordinamento giuridico italiano. Sebbene esistano leggi e norme che cercano di affrontare queste questioni, ci sono state preoccupazioni riguardo alla pluralità dei media e all'indipendenza editoriale in Italia. È importante trovare un equilibrio tra la libertà di impresa e la necessità di garantire la pluralità dei mezzi di comunicazione e l'indipendenza dell'informazione.

Al fine di affrontare queste sfide, potrebbero essere prese in considerazione diverse misure. Ad esempio, potrebbero essere rafforzate le leggi esistenti sulla concentrazione mediatica, al fine di limitare la concentrazione di potere nelle mani di pochi attori e promuovere la diversità dei media. Potrebbero essere introdotte norme per garantire una maggiore trasparenza sulla proprietà dei media e l'interazione tra i media e altre entità, come interessi politici o economici. Potrebbero essere incoraggiate forme di autoregolamentazione giornalistica per promuovere l'indipendenza editoriale e l'imparzialità nell'informazione.

Inoltre, potrebbero essere promosse iniziative per educare il pubblico all'alfabetizzazione mediatica, al fine di aiutare i consumatori di notizie a sviluppare una comprensione critica dell'informazione e a identificare notizie false o manipolate. Potrebbe essere incoraggiato il giornalismo di qualità e sostenuto il pluralismo dei media, ad esempio attraverso l'accesso a finanziamenti pubblici per i media indipendenti e locali.

Infine, è importante promuovere il dibattito pubblico, coinvolgere le parti interessate, tra cui giornalisti, editori, organizzazioni della società civile e governo, e lavorare in modo collaborativo per affrontare le sfide della concentrazione mediatica e dell'indipendenza editoriale in Italia.

In conclusione, la concentrazione mediatica e l'indipendenza editoriale sono temi complessi e rilevanti nel contesto dell'ordinamento giuridico italiano. Richiedono

una combinazione di norme legali, autoregolamentazione giornalistica, alfabetizzazione mediatica e coinvolgimento delle parti interessate per promuovere la pluralità dei media, l'indipendenza editoriale e la qualità dell'informazione diffusa.

La trasparenza degli algoritmi - come si anticipava - si riferisce alla pratica di rendere chiari, comprensibili e accessibili i processi decisionali automatizzati basati su algoritmi. Gli algoritmi consistono in una serie di istruzioni matematiche o logiche utilizzate dai computer per elaborare dati e prendere decisioni in modo automatico. Essi sono utilizzati in molte applicazioni, tra cui motori di ricerca, piattaforme di social media, sistemi di raccomandazione, sistemi di intelligenza artificiale e altri strumenti digitali.

La trasparenza degli algoritmi è diventata un argomento di crescente interesse e dibattito a livello globale, poiché il loro utilizzo può avere un impatto significativo sulla vita delle persone e sulla società in generale. La mancanza di trasparenza degli algoritmi può portare a preoccupazioni riguardo alla discriminazione, all'ingiustizia, alla perdita di privacy e all'opacità delle decisioni che influenzano la vita delle persone.

Nel contesto dell'ordinamento giuridico italiano, la trasparenza degli algoritmi è un argomento ancora in evoluzione e non esiste una disciplina giuridica specifica che ne regoli in modo esauriente l'applicazione. Tuttavia, alcune leggi e principi esistenti nel sistema giuridico italiano possono essere rilevanti per la trasparenza degli algoritmi.

Ad esempio, il Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati (GDPR) dell'Unione Europea, che è applicabile anche in Italia, prevede alcuni principi che possono essere rilevanti per la trasparenza degli algoritmi. Ai sensi del GDPR, i titolari del trattamento dei dati (che includono anche coloro che utilizzano

algoritmi per elaborare dati personali) sono tenuti a garantire la trasparenza e la chiarezza riguardo alle modalità di trattamento dei dati personali, compresi gli aspetti relativi all'utilizzo di algoritmi e alle conseguenze delle decisioni basate su di essi.

Inoltre, in Italia, il Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD) prevede che le pubbliche amministrazioni, compresi gli enti pubblici che utilizzano algoritmi per prendere decisioni automatizzate, debbano assicurare la trasparenza delle procedure e la comprensibilità delle decisioni. Ciò implica che le amministrazioni pubbliche italiane potrebbero essere tenute a fornire informazioni chiare e comprensibili sugli algoritmi utilizzati e sui criteri di decisione adottati.

Tuttavia, è importante notare che attualmente non esiste una normativa specifica in Italia che regoli in modo esaustivo la trasparenza degli algoritmi o stabilisca requisiti dettagliati per la divulgazione delle informazioni sugli algoritmi utilizzati da parte di aziende private o organizzazioni pubbliche. Ciò potrebbe rendere difficile l'effettiva attuazione della trasparenza degli algoritmi nella pratica e potrebbe essere un argomento di dibattito e sviluppo futuro nel contesto giuridico italiano.

In sintesi, sebbene non esista una disciplina specifica nell'ordinamento giuridico italiano che regoli in modo esaustivo la trasparenza degli algoritmi, alcuni principi e normative esistenti, come il GDPR e il CAD, possono essere rilevanti per promuovere la trasparenza degli algoritmi in Italia. Tuttavia, la legislazione italiana potrebbe richiedere ulteriori sviluppi per affrontare in modo completo e dettagliato la questione della trasparenza degli algoritmi, in linea con le evoluzioni tecnologiche e sociali.

È importante sottolineare che la trasparenza degli algoritmi non è solo una questione legale, ma anche etica e sociale. Le organizzazioni, sia pubbliche che

private, che utilizzano algoritmi dovrebbero adottare volontariamente politiche e pratiche per garantire la trasparenza degli algoritmi e rendere conto delle decisioni basate su di essi. Ciò potrebbe includere la divulgazione delle informazioni sugli algoritmi utilizzati, la documentazione dei processi decisionali, la valutazione degli impatti sociali ed etici degli algoritmi e la consultazione pubblica.

Inoltre, organizzazioni della società civile, accademici, esperti di tecnologia e altre parti interessate possono svolgere un ruolo importante nel sollevare la consapevolezza e promuovere la trasparenza degli algoritmi attraverso la ricerca, la sensibilizzazione e la partecipazione attiva nel dibattito pubblico.

In conclusione, nonostante non esista una disciplina giuridica specifica sulla trasparenza degli algoritmi nell'ordinamento giuridico italiano, esistono principi e normative che possono essere rilevanti per promuoverla. Tuttavia, la trasparenza degli algoritmi è un argomento in continua evoluzione e potrebbe richiedere ulteriori sviluppi normativi, etici e sociali per affrontare in modo completo le sfide e le opportunità offerte dall'uso degli algoritmi nella società moderna.

Sexist hate speech in the European and Italian legal framework

di

Fabiana Ciccarella*

SUMMARY: 1. The impact of sexist hate speech: exploring differentiations and legal perspectives. – 2. Sexist hate speech and freedom of speech in the European Convention on Human Rights (ECHR) – 3. Sexist hate speech: how is it addressed by the Council of Europe? – 3.1. Relevant elements of the Council of Europe’s Human Rights protection system against sexist hate speech – 3.2. Legal Tools *ad hoc* for women’s human rights in Europe – 4. Sexist and/or misogynist hate speech: the *Italian case* – 5. Final remarks

1. The impact of sexist hate speech: exploring differentiations and legal perspectives

Hate speech poses a significant threat to the functioning of democratic societies, undermining fundamental values such as respect and solidarity. Defined as intentional speech that targets individuals or groups based on prohibited criteria such as race, ethnicity, gender, disability, sexual orientation, religion, or others, it has become a pervasive issue in our society.

While sexist hate speech has long been directed at women, it was not always recognized as a distinct form of communication with legal implications. Such remarks were often considered typical ways of relating to women, leading to the normalization of sexist expressions and jokes¹.

* PhD student, Oxford Brookes University.

¹ Sękowska-Kozłowska, K., Baranowska, G. and Gliszczyńska-Grabias, A. (2022). Sexist Hate Speech and the International Human Rights Law: Towards Legal Recognition of the Phenomenon by the United Nations and the Council of Europe. *International Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de Sémiotique juridique*.

However, it is crucial to differentiate between sexist hate speech and other derogatory statements aimed at women that, although offensive and oppressive, may not meet the criteria for hate speech.

Louise Richardson-Self proposes a distinction between "sexist speech," which is not necessarily hateful, and "misogynist speech," which indeed qualifies as hate speech². Although both types negatively target women based on their gender, they impact women in different ways³.

Richardson-Self, drawing upon Iris Marion Young's concept of five faces of oppression⁴, highlights how sexist rhetoric can be oppressive to women through marginalization. For instance, referring to an adult woman as a "girl" may be seen as oppressive speech but not violent enough to qualify as hate speech⁵. In contrast, misogynist speech exhibits the characteristics of hate speech: it is violent, hostile, coercive, and necessitates special measures, including legal repercussions⁶.

According to Richardson-Self, misogynistic discourse embodies all the hallmarks of hate speech. It targets an historically oppressed group, exhibits aggression and hostility, and degrades, stigmatizes, defames, and denigrates its targets⁷. While the term "misogyny" is recognized in legal discourse, it is not widely used in international human rights legislation, unlike the term "sexism⁸". Hence, "sexist

² Richardson-Self, L. 2018. Woman-Hating: On Misogyny, Sexism, and Hate Speech. *Hypatia* 33: 256–272.

³ Richardson-Self, L. 2018. Woman-Hating: On Misogyny, Sexism, and Hate Speech. *Hypatia* 33: 256–272.

⁴ I. M. Young. 2011. *Justice and Politics of Difference*, Princeton: Princeton University Press. (rev. ed.).

⁵ Richardson-Self, L. 2018. Woman-Hating: On Misogyny, Sexism, and Hate Speech. *Hypatia* 33: 256–272.

⁶ Sękowska-Kozłowska, K., Baranowska, G. and Gliszczyńska-Grabias, A. (2022). Sexist Hate Speech and the International Human Rights Law: Towards Legal Recognition of the Phenomenon by the United Nations and the Council of Europe. *International Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de Sémiotique juridique*.

⁷ Richardson-Self, L. 2018. Woman-Hating: On Misogyny, Sexism, and Hate Speech. *Hypatia* 33: p.267

⁸ Barker, K., and O. Jurasz. 2018. *Online Misogyny as Hate Crime: A Challenge for Legal Regulation?* London: Routledge.

hate speech" is employed to encompass what Richardson-Self refers to as "misogynist speech".

Internationally, various pronouncements by international bodies employ different terms to address this phenomenon, such as "sexist hate speech"⁹, "hate speech on the basis of sex or gender"¹⁰, "hate speech against women"¹¹, and "gendered hate speech"¹². Emphasizing the term "gender" is more inclusive as it covers a broader range of individuals affected by hate speech based on their gender¹³.

Distinguishing between sexist speech, which is primarily oppressive, and sexist hate speech is challenging as the boundaries often overlap. Context plays a crucial role in interpreting statements or expressions. However, when addressing hate speech against women through human rights instruments, these distinctions must be considered¹⁴. It is also important to differentiate between hate speech targeting women and racial hate speech, as the former requires more nuanced analysis¹⁵. Categorizing all sexist remarks as "hate speech" risks misinterpretation and trivialization of the issue¹⁶.

This investigation aims to explore the recognition of these distinctions within the European Convention on Human Rights and the Council of Europe's human rights protection system. Additionally, it will examine how Italian law regulates misogynistic hate speech both online and offline.

⁹ Council of Europe Gender Equality Strategy. 2016. Combating Sexist Hate Speech

¹⁰ Gender and sex are often added to other grounds included in the definition of the offence in national legislations; see S. De Vido and L. Sosa, *Criminalisation of Gender-Based Violence Against Women in European States, Including ICT-Facilitated Violence*, European Equality Law Network, forthcoming.

¹¹ European Parliament. 2018. *Cyber Violence and Hate Speech Online Against Women*, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs; Directorate General for Internal Policies of the Union.

¹² United Nations General Assembly. 2021. *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, Irene Khan.

¹³ Council of Europe. 2011. *Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, art. 3c, <https://rm.coe.int/168008482e>.

¹⁴ Sękowska-Kozłowska, K., Baranowska, G. and Gliszczyńska-Grabias, A. (2022). *Sexist Hate Speech and the International Human Rights Law: Towards Legal Recognition of the Phenomenon by the United Nations and the Council of Europe*. *International Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de Sémiotique juridique*.

¹⁵ *Ibidem*

¹⁶ *Ibidem*

By delving into these matters, we strive to shed light on the complexities surrounding hate speech against women and its legal implications, fostering a better understanding and addressing the issue effectively.

1. Sexist hate speech and freedom of speech in the European Convention on Human Rights (ECHR)

Several hate speech cases have been brought before the European Court of Human Rights (ECHR), attacking national jurisprudence and claiming violation of Article 10 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950) (ECHR)¹⁷.

The European Convention on Human Rights (ECHR) protects the right to freedom of expression under Article 10. However, this right is not absolute and can be subject to certain restrictions as outlined in Article 10(2) of the Convention. The European Court of Human Rights (ECtHR) has played a crucial role in defining the boundaries of freedom of expression in relation to hate speech cases.

While the ECHR does not explicitly prohibit incitement to hatred, the ECtHR has established that opinions with discriminatory purposes and hate messages are contrary to the principles and values affirmed in Article 10 of the Convention. The Court has consistently balanced freedom of expression with other rights guaranteed by the ECHR, recognizing that freedom of expression cannot be used to violate the dignity and rights of others¹⁸.

In cases involving hate speech, the ECtHR has applied a proportionality test, evaluating whether the restrictions on freedom of expression are necessary in a democratic society and whether they exceed certain limits, including the reputation

¹⁷ Belavusau, U. (2017). *Hate Speech*. [online] Social Science Research Network. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3022531

¹⁸ KOEN LEMMENS, *Hate Speech in the case law of the European Court of Human Rights - Good Intentions make Bad Law*, In *FREEDOM OF SPEECH UNDER ATTACK*, at 142, (dited by, Afshin Ellian, Gelijn Molier, Eleven International Publishing) (2015).

and rights of others¹⁹. The Court has emphasised that states have an obligation to penalise and prevent the dissemination of expressions that incite or promote hatred based on intolerance, provided that such restrictions are proportionate to the aim pursued²⁰.

While the ECtHR has not explicitly defined hate speech, it has associated it with "all forms of expression that spread, incite, promote, or justify hatred based on intolerance." This broad interpretation leaves room for the Court to potentially expand the definition to include sexist hate speech, similar to its stance on homophobic and racist hate speech. The ECtHR's reasoning emphasises the harm caused by spreading hate against specific groups, which can be applicable to women exposed to sexist hate speech²¹.

It is worth noting that the ECtHR's jurisprudence has influenced the understanding and definition of hate speech. Although the ECtHR has not explicitly developed its jurisprudence on sexist hate speech, its approach to other forms of hate speech suggests that it could adopt a similar stance if faced with a case concerning sexist hate speech²².

Overall, while countering hate speech may appear to conflict with freedom of expression, the ECtHR has established that restrictions on hate speech are permissible to protect the reputation and rights of others²³. The Court's vagueness in defining hate speech allows for a broad interpretation, which leaves room for

¹⁹Belavusau, U. (2017). *Hate Speech*. Social Science Research Network. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3022531

²⁰ ECtHR, *Lingens v Austria* (1986)

ECtHR, *Mamère v. France* (2006).

²¹ S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 397 ss.; P. DE SENA, M. CASTELLANETA, *La libertà di espressione e le norme internazionali, ed europee, prese sul serio: sempre su CasaPound c. Facebook in SidiBlog*, reperibile online; R. SAPIENZA, *Libertà di espressione e limiti convenzionali: il difficile bilanciamento*, in A. DI STASI (a cura di), *Cedu e ordinamento italiano*, Milano, 2020, p. 767 ss.; W.A. SCHABAS, *The European Convention on Human Right*, Oxford, 2015, p. 444 ss.

²² ECHR, *Erbakan v. Turkey*, App. n. 59405/00, 6 July 2006, par. 56.

²³ ECtHR, *Lingens v Austria* (1986)

potential expansion to include sexist hate speech based on the harm effect and consequences associated with spreading hate against specific groups²⁴.

The digital evolution has had a significant impact on the proliferation of hatred, particularly online. The increased use of social networks and the internet has led to a rise in cases related to hateful comments posted on these platforms. This has also raised important questions about the liability of platform operators in dealing with such content.

Since 2015, in fact, cases relating to comments that appeared on social networks²⁵ and, in general, on the internet²⁶ have increased. These cases have also raised the sensitive issue of the liability of platform operators²⁷.

In the *Delfi AS v. Estonia* case in 2015, the Grand Chamber of the European Court of Human Rights held that a web portal operator's conviction for defamation due to the dissemination of offensive and hateful comments on its platform did not violate Article 10 of the ECHR²⁸. The Court determined that the operator had not taken any steps to remove comments that endangered the rights and physical integrity of others. The exercise of freedom of thought, including by internet platform operators, carries duties and responsibilities²⁹.

Another relevant case is the 2021 *Sanchez v. France* judgment, where the Court confirmed the compatibility of financial penalties against individuals who fail to promptly delete hate comments posted by others on their Facebook walls with Article 10 of the ECHR³⁰.

²⁴ *Le Pen v. France* (2012, 6–7).

²⁵ P. FALLETTA, *Controlli e responsabilità dei social network sui discorsi d'odio online*, in *MediaLaws*, 2020, n. 1, p. 146 ss.

²⁶ C. MURPHY, *Works in Progress: New Technologies and the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2010, p. 601 ss.

²⁷ The issue of the liability of platform operators is extremely topical and relevant and is at the heart of the European Union's *Digital Services Act*; however, it can only be marginally addressed in this writing.

²⁸ ECHR, *Delfi AS v. Estonia* (GC), App. n. 64569/09, 16 June 2015.

R. NIGRO, *La responsabilità degli Internet service providers e la Convenzione europea dei diritti umani: il caso Delfi AS*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 681 ss.

²⁹ C. Morini, *Libertà di espressione e tutela della dignità delle giornaliste: il contrasto all'online sexist hate speech nello spazio digitale europeo*, *la Rivista giuridica di classe A. Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2022 n.3. Available at: <http://www.fsjeurostudies.eu>

³⁰ ECHR, *Sanchez v. France*, App. n. 45581/15, 2 September 2021.

While the topic of online hate speech is vast and complex, it is clear from the jurisprudence of the European Court of Human Rights that there is a recognition of the conflict between hate speech and the fundamental values of the Convention. National legislative measures to combat such conduct are not considered to conflict with Article 10 of the ECHR as long as they are proportionate to the aim pursued.

The Court has examined applications related to racist, sexist, and xenophobic statements based on Article 10 of the ECHR. These cases involve an assessment of the merits and a balancing exercise, considering the arguments for and against the prohibition or punishment of specific expressions. The Court's judgments often refer not only to the dignity of individuals but also to their safety and security³¹.

However, it is worth noting that while the Court directly links expressions of racism, sexism, and xenophobia to violence against targeted individuals, it does not explicitly examine similar potential links in cases of misogynistic hate speech. This may raise questions about the consistency of the Court's approach.

Despite the potential conflict with freedom of expression, the European Court of Human Rights has established that freedom of expression can be subject to restrictions, including to protect the reputation or rights of others³². The Court considers expressions that constitute hate speech as not protected by the ECHR, allowing states to sanction such forms of speech³³. The Court's vagueness in defining hate speech, associating it with expressions that spread, incite, promote, or justify hatred based on intolerance, suggests a broad interpretation³⁴.

Based on the Court's reasoning and its influence on the Council of Europe's definition, there is a hypothesis that the Court could similarly expand the

³¹ *Le Pen v. France*, App. no. 187788/09 (ECHR, 20 April 2010), para. 1.

Vejdeland and Others v. Sweden, App. no. 1813/07 (ECHR, 9 February 2012), para. 55.

³² T. MCGONAGLE, *The Council of Europe against Online Hate Speech*, cit., p. 8.

³³ Sękowska-Kozłowska, K., Baranowska, G. and Gliszczyńska-Grabias, A. (2022). Sexist Hate Speech and the International Human Rights Law: Towards Legal Recognition of the Phenomenon by the United Nations and the Council of Europe. *International Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de Sémiotique juridique*.

³⁴ *Ibidem*

definition of hate speech to include sexist hate speech³⁵. The Court's emphasis on the harm effect and the consequences of spreading hate against specific groups supports the argument that this reasoning could apply to women exposed to sexist hate speech as well³⁶.

2. Sexist hate speech: how is it addressed by the Council of Europe?

Based on the analysis conducted thus far, it becomes evident that the right to freedom of expression is intricately intertwined with the phenomenon of hate speech, raising a question of its inherent boundaries. Consequently, as we have seen by analysing the discipline of the European Convention on Human Rights and the jurisprudence of the European Court of Human Rights, what makes the phenomenon of hate speech particularly complex is the absence of a unanimously agreed legal definition of hate speech³⁷.

This problem has raised the need to indicate the limits of freedom of expression in the modern world of multinational, multicultural and multireligious societies. In this world, the exercise of freedom of expression by some may violate the dignity, freedom of thought, conscience and religion of others, or constitute a violation of the prohibition of discrimination³⁸. However, no legally binding definition of hate speech has yet been incorporated in any human rights treaty, and such a definition faces major challenges³⁹.

³⁵ Vejdeland and others v Sweden, par.55 2012. Alkiviadou, N. 2018. The Legal Regulation of Hate Speech: The International and European Frameworks. *Croatian Political Science Review* 55: 203–229.

³⁶ Sękowska-Kozłowska, K., Baranowska, G. and Gliszczyńska-Grabias, A. (2022). Sexist Hate Speech and the International Human Rights Law: Towards Legal Recognition of the Phenomenon by the United Nations and the Council of Europe. *International Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de Sémiotique juridique*.

³⁷ *Ibidem*

³⁸ The academic literature abounds on the subject.

Hare, I., and J. Weinstein, eds. 2009. *Extreme Speech and Democracy*. Oxford: Oxford UP. A. Cortese. 2006. *Opposing Hate Speech*, Westport. Coliver, S., ed. 1992. *Striking a Balance: Hate Speech*. London: Freedom of Expression and Non-Discrimination. A. Weber. 2009. Manual on Hate Speech, Strasbourg. Bleich, E. 2011. The Rise of Hate Speech and Hate Crime Laws in Liberal Democracies. *Journal of Ethnic and Migration Studies* 37(6): 917–934.

³⁹ Sękowska-Kozłowska, K., Baranowska, G. and Gliszczyńska-Grabias, A. (2022). Sexist Hate Speech and the International Human Rights Law: Towards Legal Recognition of the

Hate speech provokes much controversy, especially among those who fear the over-expansion of new concepts and areas of protection for vulnerable groups⁴⁰. Although, as we have observed, according to established ECHR jurisprudence, such restrictions should only be applied in strictly limited situations.

The greatest convergence of the different dimensions of hate speech can be found in the legislation of Council of Europe member states, whereby it was possible to formulate in the Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe, R 97 (20) a definition that recognises hate speech as:

*All forms of expression that spread, incite, promote or justify racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or other forms of hatred based on intolerance, including: intolerance expressed by aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination and hostility towards minorities, migrants and persons of immigrant origin*⁴¹.

This definition of hate speech certainly does not correspond to today's reality. Having been formulated in a different era than the one we are living in today, the recommendation is outdated and does not refer to the groups that are increasingly victims of hate speech today⁴². In the time since the recommendation was adopted, the social and legal approach to gender discrimination has evolved significantly, recognising the global dimension of the phenomenon and the urgent need to combat gender discrimination⁴³. At the same time, there is a parallel trend to repress women's rights that goes hand in hand with a more general paradox, namely that increasingly the whole concept of human rights is being captured by

Phenomenon by the United Nations and the Council of Europe. *International Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de Sémiotique juridique*.

⁴⁰ *Ibidem*

⁴¹ Council of Europe. 1997. Recommendation No. R (97) 20 of the Committee of Ministers to member states on "hate speech".

⁴² According to the findings of the survey published in May 2020 by the EU Fundamental Rights Agency, the phenomenon of anti-LGBTQ + hate speech is growing significantly. European Union Agency for Fundamental Rights. 2020. A long way to go for LGBTI equality. <https://fra.europa.eu/en/publication/2020/eu-lgbti-survey-results>.

⁴³ Sękowska-Kozłowska, K., Baranowska, G. and Gliszczyńska-Grabias, A. (2022). Sexist Hate Speech and the International Human Rights Law: Towards Legal Recognition of the Phenomenon by the United Nations and the Council of Europe. *International Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de Sémiotique juridique*.

populist forces⁴⁴. This includes the populists' claim that the groups they discriminate against strive to discriminate against the majority, constantly demanding new rights and freedoms, including protection from hate speech⁴⁵. In this context, the phenomenon of the Internet and the online sphere in general as a 'battleground' for freedom of speech should also be mentioned. The online world has become a space where anything can be expressed and the power of this expression surpasses all other forms of communication that have ever existed in the history of the world⁴⁶.

Moreover, when reflecting on the nature, scope and difficulties of legal definition associated with the category of hate speech, the effects it causes should be emphasised⁴⁷. It is obvious that offensive words do not only have an offensive or degrading character towards the individuals they are directed at. They resonate with the entire group, contributing to its further marginalisation and exclusion. The example of sexist hate speech fits perfectly into this pattern.

In order to achieve the objective of this article, it will be necessary to examine the Council of Europe's attitude towards the phenomenon of sexist hate speech

The Council of Europe, through its human rights protection system, has addressed the issue of sexist hate speech, although it has received less attention compared to other forms of hate speech. The Council of Europe's human rights protection system comprises binding international treaties, such as the European Convention on Human Rights (ECHR), and the European Court of Human Rights, which is the

⁴⁴For a more in-depth discussion, see Müller, W. 2016. *What is Populism?* Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

⁴⁵ For more, see Alston, P. 2017. The Populist Challenge to Human Rights. *Journal of Human Rights Practice* 9(1): 1–15.

⁴⁶ Ging, D., and E. Siapera, eds. 2019. *Gender Hate Online*. Cham: Springer International Publishing. Citron, D.K. 2014. *Hate Crimes in Cyberspace*. Cambridge: Harvard University Press. M. C. Nussbaum. 2011. Objectification and Internet Misogyny. In *The Offensive Internet: Speech, Privacy and Reputation*, Cambridge, Harvard University Press, pp. 68–88.

⁴⁷ Tontodimamma, A., E. Nissi, A. Sarra, and L. Fontanella. 2021. Thirty Years of Research Into Hate Speech: Topics of Interest and Their Evolution. *Scientometrics* 126: 157–179.

primary judicial body for human rights protection in Europe⁴⁸. Additionally, there are several bodies within the Council of Europe that implement soft law.

The Council of Europe has been actively involved in promoting gender equality and has played a significant role in the development of norms and concepts related to gender mainstreaming. This approach recognizes the importance of integrating a gender perspective into all areas of policy and decision-making to achieve gender equality.

The Council of Europe's stance on free speech allows for limitations in certain situations, including when it comes to racist hate speech. In the past two decades, the Council of Europe has also recognized and addressed homophobic hate speech, as confirmed by the European Court of Human Rights⁴⁹. However, the issue of sexist hate speech has received less direct attention within the Council of Europe's human rights protection system.

While the Council of Europe has not explicitly developed its jurisprudence on sexist hate speech, it has influenced the definition of hate speech by stating that homophobic speech should be treated similarly to racist hate speech. This suggests that there is a potential for the Council of Europe to expand the definition of hate speech to include sexist hate speech as well. The Council of Europe's approach to gender equality and its recognition of the global dimension of gender discrimination indicate a broader understanding of the issue.

It is important to note that the Council of Europe's legal definition of hate speech, formulated in Recommendation R 97 (20), does not fully correspond to the reality of today. The recommendation was formulated in a different era and does not explicitly refer to the groups that are increasingly targeted by hate speech today. The emergence of the internet and the online sphere as a battleground for freedom of speech is also mentioned, highlighting the challenges posed by online hate speech.

⁴⁸ D. Cangemi. 2020. Combating Sexist Hate Speech: The Work of the Council of Europe. In *Language, Gender and Hate Speech: A Multidisciplinary Approach*, G. Giusti and G. Iannàcaro, Eds.

⁴⁹ *Beizaras and Levickas v. Lithuania*, 2020.

In conclusion, while the Council of Europe has addressed sexist hate speech to a lesser extent compared to other forms of hate speech, its commitment to gender equality and its influence on defining hate speech provide a basis for the potential expansion of the definition to include sexist hate speech. The evolving nature of the issue and the need to combat gender discrimination globally indicate the importance of addressing sexist hate speech within the Council of Europe's human rights protection system.

3.1. Relevant elements of the Council of Europe's human rights protection system against sexist hate speech

As we have observed, the initial definition of hate speech within the Council of Europe system was endorsed by the Committee of Ministers of the Council of Europe in 1997. This definition encompasses expressions that propagate, incite, promote, or justify hatred based on intolerance, including towards minors and migrants⁵⁰

However, it does not encompass sexist hate speech. Additionally, an explanatory memorandum was adopted alongside the recommendation, clarifying that the exclusion of gender from the grounds was deemed “necessary to maintain the focus of the text⁵¹”.

The memorandum also highlights that gender-based intolerance was addressed in the 1984 Council of Europe recommendation on gender equality in the media ⁵².

However, since this 1984 recommendation does not specifically address hate speech, it cannot be considered a text directly tackling sexist hate speech⁵³.

⁵⁰ Council of Europe. 1997. Recommendation No. R (97) 20 of the Committee of Ministers to member States on “hate speech”.

⁵¹ Sękowska-Kozłowska, K., Baranowska, G. and Gliszczyńska-Grabias, A. (2022). Sexist Hate Speech and the International Human Rights Law: Towards Legal Recognition of the Phenomenon by the United Nations and the Council of Europe. *International Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de Sémiotique juridique*.

⁵² Council of Europe Committee of Ministers. 1997. Recommendation on equality between women and men in the media.

⁵³ The closest it comes to hate speech is in the recommendation to stimulate “evaluation by national research of the impact and influence of entertainment programmes where sex stereotyping and prejudices are concerned”.

Nevertheless, the Council of Europe's Commissioner for Human Rights asserts that the list provided in the 1997 definition should be regarded as open and should encompass other categories, such as women and girls⁵⁴.

Although the Committee of Ministers of the Council of Europe has not recommended or presented a definition of sexist hate speech or hate speech that explicitly includes sex and gender as grounds, the term has been utilized in various recommendations and their accompanying documents⁵⁵.

Although the Committee of Ministers of the Council of Europe has not recommended or presented a definition of sexist hate speech or hate speech that explicitly includes sex and gender as grounds, the term has been utilized in various recommendations and their accompanying documents.

The term "hate speech" is used without a precise definition in the 2011 Council Recommendation on a new media concept. However, the recommendation emphasizes the need to address misogynistic and sexist prejudices, which implies an acknowledgment of sexist hate speech⁵⁶.

The 2015 guide to the 2013 Council of Europe Recommendation on Gender Equality and Media states that "hate speech against women" on the Internet largely goes unpunished⁵⁷. Furthermore, the Annex to the 2019 Council of Europe Recommendation on Preventing and Combating Sexism explicitly deals with sexist hate speech in various instances⁵⁸.

⁵⁴ Council of Europe Gender Equality Unit. 2016. Background Note on Sexist Hate Speech p.4

⁵⁵ Sękowska-Kozłowska, K., Baranowska, G. and Gliszczyńska-Grabias, A. (2022). Sexist Hate Speech and the International Human Rights Law: Towards Legal Recognition of the Phenomenon by the United Nations and the Council of Europe. *International Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de Sémiotique juridique*.

⁵⁶ Council of Europe. 2011. Recommendation CM/Rec(2011)7 on a new notion of media, par.91.

⁵⁷ Council of Europe Gender Equality Commission. 2013. Handbook on the implementation of Recommendation CM/Rec(2013)1 of the Committee of Ministers to member States on gender equality and media p.28.

⁵⁸ Council of Europe Committee of Ministers. 2019. Appendix to Recommendation CM/Rec(2019)1. Guidelines for Preventing and Combating Sexism: Measures of Implementation.

Aligned with the Council of Europe's Gender Equality Strategy for 2014-2017, combating sexism as a form of hate speech is a key focus in their efforts to counter gender stereotypes and sexism⁵⁹.

Aligned with the Council of Europe's Gender Equality Strategy for 2014-2017, combating sexism as a form of hate speech is a key focus in their efforts to counter gender stereotypes and sexism.

However, it should be noted that not all instances of sexism can be classified as hate speech. The Council of Europe's formulation indicates that there is not always a consensus at the political level regarding this matter.

On the other hand, the Council of Europe's Internet Governance Strategy 2016-2019 addresses the prevention and handling of online hate speech, with a specific emphasis on the protection of women from online abuse, including cyber-stalking, sexism, and threats of sexual violence.

Several resolutions from the Council of Europe's Parliamentary Assembly explicitly mention sexually motivated hate speech. These resolutions urge member states to combat "racist and sexist hate speech" and promote collaboration between the public and private sectors to address sexually motivated hate speech. In a 2017 resolution, the Council of Europe Parliamentary Assembly emphasizes that hate speech is not limited to racism and xenophobia but can also manifest as sexism.

In summary, while the Council of Europe recognizes the existence of sexually motivated hate speech and highlights the importance of addressing it, there may be varying perspectives and levels of acceptance within the political realm.

However, it should be noted that not all instances of sexism can be classified as hate speech. The Council of Europe's formulation indicates that there is not always a consensus at the political level regarding this matter⁶⁰.

⁵⁹ Council of Europe Gender Equality Strategy. 2016. Combating Sexist Hate Speech.

⁶⁰ Sękowska-Kozłowska, K., Baranowska, G. and Gliszczyńska-Grabias, A. (2022). Sexist Hate Speech and the International Human Rights Law: Towards Legal Recognition of the Phenomenon by the United Nations and the Council of Europe. *International Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de Sémiotique juridique*.

On the other hand, the Council of Europe's Internet Governance Strategy 2016-2019 addresses the prevention and handling of online hate speech, with a specific emphasis on the protection of women from online abuse, including cyber-stalking, sexism, and threats of sexual violence⁶¹.

Several resolutions from the Council of Europe's Parliamentary Assembly explicitly mention sexually motivated hate speech. These resolutions urge member states to combat "racist and sexist hate speech"⁶² and promote collaboration between the public and private sectors to address sexually motivated hate speech⁶³. In a 2017 resolution, the Council of Europe Parliamentary Assembly emphasizes that hate speech is not limited to racism and xenophobia but can also manifest as sexism⁶⁴.

In summary, while the Council of Europe recognizes the existence of sexually motivated hate speech and highlights the importance of addressing it, there may be varying perspectives and levels of acceptance within the political realm.

The 2019 Council of Europe Recommendation on Preventing and Combating Sexism marks the first attempt to provide a legal definition of sexism. Although the recommendation includes a section on hate speech and acknowledges that racist hate speech is widely recognized as violating European and international human rights standards, it does not explicitly address sexist hate speech. Interestingly, the document mentions "sexist or misogynist hate speech"⁶⁵ without providing further clarification or distinction between the two terms. While "sexism" is the more commonly used term throughout the recommendation, "misogyny" appears only twice, once in the context of hate speech. This could suggest that the recognition of the difference between the two terms is primarily associated with hate speech.

⁶¹ Council of Europe. 2016. Internet Governance Strategy for 2016–2019 (CM(2016)10) para 8(b),10(d).

⁶² Council of Europe. 2016. Internet Governance Strategy for 2016–2019 (CM(2016)10) para 8(b),10(d).

⁶³ Council of Europe Parliamentary Assembly. 2019. Resolution 2314, Media Education in the New Media Environment, para. 14.1.

See also, Council of Europe Parliamentary Assembly. 2019. Resolution 2290, Towards an ambitious Council of Europe agenda for gender equality, para. 16.1.1.

⁶⁴ Council of Europe Parliamentary Assembly. 2017. Resolution 2144, para. 2

⁶⁵ Council of Europe Committee of Ministers. 2019. Appendix to Recommendation CM/Rec(2019)1. Guidelines for Preventing and Combating Sexism: Measures of Implementation, 1(a), 2(b).

Meanwhile, various other Council of Europe committees have developed definitions of hate speech, including those specifically addressing sexist hate speech.

The European Commission against Racism and Intolerance (ECRI), an independent human rights monitoring agency of the Council of Europe, has been actively involved in combating hate speech, focusing on anti-Semitism, discrimination, racism, religious intolerance, and xenophobia⁶⁶. ECRI's General Policy Recommendation No. 15 on combating hate speech includes gender as a non-exhaustive personal trait in its definition⁶⁷.

Moreover, the recommendation's preamble acknowledges the "specific problem and gravity of hate speech targeting women because of their sex, gender, and/or gender identity."

Additionally, the 2016 Council of Europe Factsheet on Combating Sexist Hate Speech proposes the following definition of sexist hate speech: it is a form of sexism that encompasses assumptions, beliefs, assertions, gestures, or acts intended to express contempt for a person based on their sex or gender or to consider them inferior or primarily defined by their sexual dimension⁶⁸.

Therefore, when it comes to the Council of Europe's discussions on violence and discrimination against women, the term 'sexist hate speech' is more commonly used, but it takes a backseat when addressing hate speech more broadly⁶⁹. There seems to be a greater awareness of the phenomenon when specifically addressing women, compared to the general discourse on hate speech.

⁶⁶ Sękowska-Kozłowska, K., Baranowska, G. and Gliszczyńska-Grabias, A. (2022). Sexist Hate Speech and the International Human Rights Law: Towards Legal Recognition of the Phenomenon by the United Nations and the Council of Europe. *International Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de Sémiotique juridique*.

⁶⁷ Council of Europe European Commission against Racism and Intolerance. 2015. General Policy Recommendation No. 15 on Combating Hate Speech, Explanatory Memorandum, B. para. 9

⁶⁸ Council of Europe Gender Equality Strategy. 2016. Combating Sexist Hate Speech, p.1

⁶⁹ Council of Europe Parliamentary Assembly. 2019. Resolution 2314, Media Education in the New Media Environment, para. 14.1

The Council of Europe has frequently addressed the issue of hate speech, including its presence in online spaces⁷⁰. For instance, the 2013 Council of Europe Recommendations on Gender Equality and Media provide suggestions concerning sexist hate speech without explicitly defining it as such⁷¹. Member states are encouraged to establish appropriate legal frameworks to prohibit hate speech and gender-based violence in the media⁷². Although online violence is not explicitly mentioned in the 2013 Recommendation, the 2015 implementation manual highlights the increasing problem of online harassment and 'hate speech against women.' It emphasizes that such hate speech often goes unpunished, necessitating special attention due to the lack of regulatory procedures⁷³. To tackle this issue, the 2013 Recommendation suggests the creation of an online platform for reporting sexist content and speech in both news and everyday life⁷⁴.

In a 2019 resolution, the Council of Europe Parliamentary Assembly called for Internet intermediaries to actively collaborate with public, social, and private institutions in combating sexist hate speech⁷⁵.

The Council of Europe's Committee of Ministers has endorsed a recommendation outlining the duties and responsibilities of Internet intermediaries⁷⁶, emphasizing their crucial role. The second part of the recommendation's appendix delineates the responsibilities of Internet intermediaries regarding human rights and fundamental freedoms, which include transparency, accountability, content moderation, use of

⁷⁰ Council of Europe. 2011. Recommendation CM/Rec(2011)7 on a new notion of media, para 91.

⁷¹ Sękowska-Kozłowska, K., Baranowska, G. and Gliszczyńska-Grabias, A. (2022). Sexist Hate Speech and the International Human Rights Law: Towards Legal Recognition of the Phenomenon by the United Nations and the Council of Europe. *International Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de Sémiotique juridique*.

⁷² Council of Europe Gender Equality Commission. 2013. Handbook on the implementation of Recommendation CM/Rec(2013)1 of the Committee of Ministers to member States on gender equality and media.

⁷³ Council of Europe Gender Equality Commission. 2013. Handbook on the implementation of Recommendation CM/Rec(2013)1 of the Committee of Ministers to member States on gender equality and media, p.28

⁷⁴ *Ibidem*, p.29

⁷⁵ Council of Europe Parliamentary Assembly. 2019. Resolution 2314, Media Education in the New Media Environment., para 14.1.

⁷⁶ Council of Europe. 2018. Recommendation CM/Rec(2018)2 of the Committee of Ministers to member States on the roles and responsibilities of internet intermediaries

personal data, and access to effective remedies⁷⁷. However, the recommendations do not explicitly mention hate speech or sexist hate speech.

Furthermore, the case law of the European Court of Human Rights demonstrates that companies operating Internet platforms can be held liable for user-generated hate speech on their platforms⁷⁸. This highlights the involvement of private entities in safeguarding against hate speech under certain circumstances. However, as the European Court of Human Rights has not yet ruled on cases specifically addressing sexist hate speech, the verification of liability in relation to such statements is yet to be established.

3.2. Legal tools *ad hoc* for women's human rights in Europe

The Council of Europe Convention on Preventing and addressing Violence Against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention), known as the 'gold standard' for addressing violence against women and girls, neither explicitly nor in its explanatory report⁷⁹. The Ad Hoc Committee to Prevent and Combat Violence Against Women and Domestic Violence (CAHVIO), the Istanbul Convention's drafting committee, also makes no mention of this topic⁸⁰. Nonetheless, we can see that the Istanbul Convention already addresses the issue in its definition of violence against women, which is as follows:

"A violation of human rights and a form of discrimination against women; means all acts of gender-based violence that cause, or are likely to cause, physical, sexual, psychological or economic harm or suffering to women, including threats of such acts, coercion or arbitrary deprivation of liberty, whether occurring in public or private life."

This definition implies that for an act to be considered violence against women, there must be an element of actual or potential harm or suffering. In the case of

⁷⁷ *Ibidem*

⁷⁸ *Delfi AS v. Estonia* ECtHR, 2015.

⁷⁹ Council of Europe. 2011. Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence.

⁸⁰ Council of Europe. 2021. Ad Hoc Committee on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence. <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/cahvio>.

sexist hate speech, the fundamental issue is the psychological harm or suffering it can cause⁸¹. We believe that this distinction sets apart sexist discourse from sexist hate speech⁸². Sexist speech becomes sexist hate speech and, consequently, a form of violence against women when it inflicts or is likely to inflict pain or suffering⁸³.

The Istanbul Convention, inspired by Article 5 of CEDAW, obliges states to eliminate prejudices, customs, traditions, and all other practices based on the assumption of women's inferiority or stereotypical gender roles⁸⁴. Therefore, we argue that Article 12 of the Istanbul Convention requires states to address both sexist speech, which may not be hateful but perpetuates prejudices and stereotypes about women, as well as combat sexist hate speech, which constitutes violence against women and can trigger other forms of violence. Article 12 establishes obligations that are further detailed in Chapter III of the Istanbul Convention.

Article 17 of the Istanbul Convention is particularly relevant in combating sexist and sexist hate speech as it encourages States Parties to involve the media and ICT sectors actively in the fight against violence against women⁸⁵. The Istanbul Convention's monitoring body, the Group of Experts on Action Against Violence Against Women and Domestic Violence (GREVIO), emphasizes the importance of urging national media to adhere to the Convention and its self-regulatory standards that prohibit the dissemination of content that fuels hate speech and/or sexist speech against women. This extract from GREVIO's practice distinguishes between sexist speech and sexist hate speech⁸⁶.

⁸¹ Sękowska-Kozłowska, K., Baranowska, G. and Gliszczyńska-Grabias, A. (2022). Sexist Hate Speech and the International Human Rights Law: Towards Legal Recognition of the Phenomenon by the United Nations and the Council of Europe. *International Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de Sémiotique juridique*.

⁸² Sękowska-Kozłowska, K., Baranowska, G. and Gliszczyńska-Grabias, A. (2022). Sexist Hate Speech and the International Human Rights Law: Towards Legal Recognition of the Phenomenon by the United Nations and the Council of Europe. *International Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de Sémiotique juridique*.

⁸³ *Ibidem*

⁸⁴ Art.12 Istanbul Convention

⁸⁵ Sękowska-Kozłowska, K., Baranowska, G. and Gliszczyńska-Grabias, A. (2022). Sexist Hate Speech and the International Human Rights Law: Towards Legal Recognition of the Phenomenon by the United Nations and the Council of Europe. *International Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de Sémiotique juridique*.

⁸⁶ Council of Europe GREVIO. 2020. Baseline Evaluation Report Andorra, par. 88.

Articles 33-40 of the Istanbul Convention require state parties to criminalize certain forms of violence against women. Two of these provisions, Article 34 (stalking) and Article 40 (sexual harassment), are considered particularly relevant in combating sexist hate speech⁸⁷. Sexist hate speech falls within the scope of stalking when it involves repeated threatening behavior towards an identified person, creating a sense of fear in that person⁸⁸. Sexual harassment, on the other hand, encompasses one-time behavior of a sexual nature, including verbal conduct such as jokes, questions, and remarks communicated orally or in writing⁸⁹. States parties are obligated to address and prevent such behavior, and while criminal consequences are preferable, alternative legal measures like civil or labor legislation can also be employed⁹⁰.

It can be argued that not all instances of sexist hate speech fit within the categories of stalking or sexual harassment. For instance, it could involve a one-time non-sexual sexist remark, such as expressing hatred or issuing threats based on someone's gender⁹¹. Additionally, sexist hate speech often occurs in more public settings compared to stalking and sexual harassment, which typically take place in private domains. Article 33, which requires states parties to criminalize psychological violence defined as behavior that significantly threatens a person's psychological well-being through pressure or threats, could potentially address this gap. However, as the editors clarify, this provision pertains to ongoing behavior rather than a specific incident⁹².

⁸⁷ Council of Europe Gender Equality Strategy. 2016. Combating Sexist Hate Speech, p.9

⁸⁸ Council of Europe. 2011. Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence, para. 182

⁸⁹ *Ibidem*, para. 208

⁹⁰ *Ibidem*, para. 207

⁹¹ Sękowska-Kozłowska, K., Baranowska, G. and Gliszczyńska-Grabias, A. (2022). Sexist Hate Speech and the International Human Rights Law: Towards Legal Recognition of the Phenomenon by the United Nations and the Council of Europe. *International Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de Sémiotique juridique*.

⁹² Council of Europe. 2011. Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence, para. 181

It is evident, therefore, that this paragraph refers to types of conduct beyond episodic acts of incitement to sexist hatred, which are covered by the concept of "psychological harm." Consequently, there are no explicit provisions in the Istanbul Convention mandating states parties to criminalize all forms of sexist hate speech or impose specific penalties, such as administrative sanctions⁹³. However, the Istanbul Convention provides crucial guidelines for international human rights bodies, including the European Court of Human Rights (ECHR), in addressing violence against women⁹⁴. As a result, it is apparent that the Istanbul Convention can be utilized as an interpretive tool to incorporate the gender dimension of hate speech into the broader human rights framework.

4. Sexist and/or misogynist hate speech: *the Italian case*

In Italy, despite being a member of the Council of Europe, there are currently no specific standards or regulations in place to address and combat sexist and/or misogynist hate speech, whether online or offline. The country has not implemented binding regulations aimed at restricting the dissemination of such hate speech in Italian law.

However, there have been attempts to address the issue through proposed bills in the Parliament. Among these bills, two notable ones are worth mentioning⁹⁵. The first is project A.S. n.1455, with the Hon. Fedeli as the first signatory, titled "Measures to counter the phenomenon of incitement to hatred on the web." This bill was presented on November 18, 2019. The second is project A.C. n.2936, with the Hon. Boldrini as the first signatory, titled "Measures to prevent and counter the

⁹³ Sękowska-Kozłowska, K., Baranowska, G. and Gliszczyńska-Grabias, A. (2022). Sexist Hate Speech and the International Human Rights Law: Towards Legal Recognition of the Phenomenon by the United Nations and the Council of Europe. *International Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de Sémiotique juridique*.

⁹⁴ Vido, S.D. 2020. "The Istanbul Convention as an Interpretative Tool at the European and National Levels. In *International Law and Violence Against Women: Europe and the Istanbul Convention*, ed. J. Niemi, L. Peroni, and V. Stoyanova. London: Routledge.

⁹⁵ Brambilla, M., D'Amico, M., Crestani, V. and Nardocci, C. (n.d.). *Genere, disabilità, linguaggio. Progetti e prospettive a Milano*, p.115.

Available at: <https://series.francoangeli.it/index.php/oa/catalog/view/751/591/4468>

spread of hate speech through the Internet." It was presented in the Chamber of Deputies in March 2021⁹⁶.

These bills indicate some recognition of the need to address hate speech, including sexist and/or misogynist hate speech, in the digital realm. However, it's important to note that as of now, these bills are still in the proposal stage and have not been enacted into law. Therefore, Italy currently lacks specific binding regulations to counter and restrict the dissemination of sexist and/or misogynist hate speech.

The bill signed by the Hon. Fedeli, which aims to counter the spread of hate speech on the web, may be ineffective in combating misogyny⁹⁷. This is because the bill defines unlawful content based on the cases specified in Articles 604 bis, 604 ter, and 604 quater of the Criminal Code, which pertain to incitement to discrimination and violence based on race, ethnicity, and religion, without explicitly mentioning sex⁹⁸. In order to effectively combat misogyny, these articles of the Criminal Code would need to be amended prior to the approval of such a law⁹⁹.

On the other hand, the bill signed by the Hon. Boldrini extends the offenses outlined in Articles 604 bis, ter, and quater of the Penal Code to conduct motivated by motives based on "sex, gender, sexual orientation, gender identity, or disability" (Art. 3 of the bill by the Hon. Boldrini). While Boldrini's bill has some critical aspects regarding content removal procedures¹⁰⁰, it is seen as a positive step as it would fill the legislative gap in combating online misogyny.

In the offline context, it is important to note that there are currently no specific rules in the Italian legal system aimed at punishing misogynistic conduct. The existing Articles 604 bis, ter, and quater of the Criminal Code, which address

⁹⁶ *Ibidem* p.116

⁹⁷ Brambilla, M., D'Amico, M., Crestani, V. and Nardocci, C. (n.d.). *Genere, disabilità, linguaggio. Progetti e prospettive a Milano*, p.116

⁹⁸ *Ibidem*

⁹⁹ *Ibidem*

¹⁰⁰ P. Villaschi, I progetti di legge in discussione in Italia: analisi critica, in M. D'Amico, C. Siccardi, *La Costituzione non odia*, cit., pp. 185 ss.

propaganda and incitement to racial, ethnic, and religious discrimination, do not encompass incitement to discriminatory acts or violence based on gender¹⁰¹.

The bill signed by Hon. Zan, which aimed to extend the offense to include homotransphobia, misogyny, and hatred against persons with disabilities, was not approved¹⁰². During the parliamentary debate, criticisms were raised, including concerns related to misogynistic and/or sexist hate speech. Some feminist elements opposed the broadening of criminal offenses to include incitement based on gender identity, arguing that it would diminish the significance of gender discrimination and render biological sex irrelevant.

There were also those who believed it was wrong to extend the scope of application of Articles 604 bis, ter, and quater of the Penal Code to incitement and violence against women¹⁰³. According to this perspective, women, representing half of society and not a specific group, should not be equated with ethnic and religious minorities protected by the Mancino Law¹⁰⁴.

However, these criticisms lose consistency when considering the constitutional basis of the relevant laws, particularly the principle of equality under Article 3 of the Constitution¹⁰⁵. Articles 604 bis and ter of the Criminal Code were introduced, through Legislative Decree No. 21 of 2018, to protect the equality and dignity of individuals¹⁰⁶. Therefore, if the constitutional basis of these articles is Article 3 of the Constitution, which prohibits discrimination in any form, it would be

¹⁰¹ M. D'Amico, Audizione davanti alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati sui progetti di legge volti a contrastare l'omofobia e le discriminazioni fondate sull'identità di genere, in www.camera.it, 18 Febbraio 2020

¹⁰² See A.S. No. 2005, first signed by Hon. Zan, 'Measures to prevent and combat discrimination and violence on grounds of sex, gender, sexual orientation, gender identity and disability, transmitted to the Senate on 5 November 2020.

¹⁰³ See the thoughts of the President of the Parliamentary Commission of Inquiry into Femicide and All Forms of Gender-based Violence V. Valente, The law against homotransphobia is necessary, leave women out of it, in Huffpost, 2020 https://www.huffingpost.it/entry/la-legge-contro-lomotransfobia-e-necessaria-lasciamone-le-donne-fuori_it_5f009833c5b612083c5cea2f

¹⁰⁴ D. Lgs. No. 122 of 1993

¹⁰⁵ Brambilla, M., D'Amico, M., Crestani, V. and Nardocci, C. (n.d.). *Genere, disabilità, linguaggio. Progetti e prospettive a Milano*, p.116

¹⁰⁶ M. D'Amico, Audizione davanti alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati sui progetti di legge volti a contrastare l'omofobia e le discriminazioni fondate sull'identità di genere, in www.camera.it, 18 Febbraio 2020

reasonable to extend the application of these criminal offenses to conduct based on gender-related grounds¹⁰⁷.

5. Final remarks

The issue of sexually motivated hate speech is indeed a growing concern in terms of human rights, and it is important for international human rights protection institutions to develop an appropriate response, particularly considering its prevalence in online channels¹⁰⁸. There is a need for a more nuanced approach to regulating hate speech against women, distinguishing between sexist speech and sexist hate speech within legal discourse. While sexist speech may marginalize or condescend women, it typically does not cross the line into hate speech.

On the other hand, misogynistic sexist hate speech can be violent, confrontational, and coercive. The existing anti-stereotyping frameworks, such as those found in CEDAW and the Istanbul Convention, which impose obligations on state parties to address gender stereotyping, have not yielded the desired results, as evidenced by the case of Italy. The issue of sexist hate speech, which can be considered a form of violence against women, requires a more targeted response, including the possibility of criminal or non-criminal sanctions in some jurisdictions. Clear guidance from international human rights organizations on how to define "sexist hate speech" and the appropriate measures to address it is crucial for national-level responses.

While the issue of sexist hate speech is on the human rights agenda of the Council of Europe, there is still room for improvement. Taking a more intersectional approach could undoubtedly contribute to the desired progress. The regular evaluation of States Parties through the monitoring procedure provides an excellent opportunity to address this issue. The CEDAW Committee, as a specialized authority on women's rights, is best positioned to identify sexist hate

¹⁰⁷ *Ibidem*

¹⁰⁸ Sękowska-Kozłowska, K., Baranowska, G. and Gliszczyńska-Grabias, A. (2022). Sexist Hate Speech and the International Human Rights Law: Towards Legal Recognition of the Phenomenon by the United Nations and the Council of Europe. *International Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de Sémiotique juridique*.

speech. However, its General Recommendation No. 35 on violence against women does not directly address sexist hate speech, which is a missed opportunity.

Regarding the protection provided by the Council of Europe, it is significant that the European Court of Human Rights has not yet ruled on cases involving sexist hate speech. Considering the Court's dynamic interpretation of hate speech norms, it is plausible to expect a progressive approach to sexist hate speech as well. Standards produced by Council of Ministers organizations, such as the 2019 Recommendation of the Council of Ministers on Preventing and Combating Sexism, may also influence future interpretations by the European Court of Human Rights.

The Istanbul Convention explicitly recognizes the responsibility to address sexist hate speech. Its anti-stereotyping measures oblige states parties to respond to both sexist hate speech and sexist utterances that do not amount to hate speech. Implementing strategies in the fields of education and media is crucial, and states parties should consider making sexist hate speech punishable as violence against women. While the Istanbul Convention does not specifically identify sexist hate speech as a form of violence against women, it may fall under other provisions of the treaty, such as stalking and sexual harassment. However, there is debate over whether the Convention covers other forms of sexist hate speech, such as episodic non-sexual comments.

Based on the analysis thus far, it appears that sexist hate speech is more readily addressed within the context of gender equality, particularly in combating violence against women, compared to hate speech addressed under the general human rights law framework. While this approach should not be criticized, as any human rights-oriented effort to address the issue is valuable, it would be legitimate to confront sexist hate speech outside of the gender equality agenda as well, recognizing that women's rights are human rights.

Il tessuto valoriale delle Comunità energetiche rinnovabili: un virtuoso modello di partecipazione attuativo del dettato costituzionale

di

Andrea Chiappetta*

SOMMARIO: 1. L'inquadramento normativo a livello europeo della partecipazione del cittadino alla produzione di energia rinnovabile; 2. Il riconoscimento delle Comunità energetiche rinnovabili (C.E.R.) attraverso l'impianto costituzionale; 3. Le comunità energetiche come espressione del principio di sussidiarietà orizzontale; 4. Un virtuoso modello di pluralismo sociale; 5. Conclusioni.

1. L'inquadramento normativo a livello europeo della partecipazione del cittadino alla produzione di energia rinnovabile

La partecipazione attiva dei cittadini al processo di efficientamento energetico nell'ottica della sostenibilità ambientale si inquadra in una robusta cornice normativa dettata a livello europeo per individuarne gli ambiti di espressione.

Essa si delinea a partire dall'art. 194, paragrafo 1, TFUE¹, ai sensi del quale la promozione, a qualsiasi titolo, delle forme di energia da fonti rinnovabili, in linea

* Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa.

¹ Il quale così recita: «Nel quadro dell'instaurazione o del funzionamento del mercato interno e tenendo conto dell'esigenza di preservare e migliorare l'ambiente, la politica dell'Unione nel settore dell'energia è intesa, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, a: a) garantire il funzionamento del mercato dell'energia; b) garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico nell'Unione; promuovere il risparmio energetico, l'efficienza energetica e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili; promuovere l'interconnessione delle reti energetiche». Le modalità con cui il Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea ha "aperto" al tema della sostenibilità energetica sono dettagliate da D. WOLFSGRUBER – G. B. OLESEN, *The Lisbon Treaty and Sustainable Energy*, in *International Network for Sustainable Energy*, Dicembre 2010.

con l'Accordo di Parigi del 2015² sui cambiamenti climatici e con l'obiettivo temporale del 2030³, è assunta come obiettivo primario della politica energetica dell'Unione.

Invero, seguendo il sofferto percorso che interessa tutta la materia⁴, la disposizione pattizia -pur gettando le basi per l'*Europeanization*⁵ della materia energetica – lascia *prima facie*⁶ impregiudicate le competenze degli Stati membri quanto allo sviluppo delle modalità di approvvigionamento ed utilizzo delle fonti da impiegare⁷.

In detta direzione, ulteriore tassello introduce la direttiva 2009/28/CE del 23 aprile 2009⁸ di riordino della disciplina previgente che espressamente definisce l'energia rinnovabile con riferimento alle fonti (art. 2, lett. a)⁹.

A portare l'attenzione sul ruolo del cittadino-consumatore è la direttiva 2009/72/CE del 13 luglio 2009 nel prevedere (considerando 3) che «le libertà assicurate ai cittadini dell'Unione dal trattato – tra l'altro, la libera circolazione delle merci, la

² Si tratta del Trattato internazionale, approvato dalla Conferenza delle Parti della Convenzione quadro delle Nazioni Unite, che detta il Piano di azione per limitare il riscaldamento globale. Una più generale ricostruzione dell'Accordo è contenuta in A. POSTIGLIONE, *Ambiente in genere. Accordo di Parigi sul clima del 2015*, in *lexambiente.it*, 19 febbraio 2016.

³ Il riferimento è all'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile siglata dall'Assemblea generale delle Nazioni unite nel settembre 2015 che fissa i diciassette obiettivi di sviluppo sostenibile (OSS). Una puntuale analisi degli orizzonti posti dall'Agenda 2030 si rinviene in S. MANSERVISI, *Energie rinnovabili e pianificazione energetica sostenibile. Profili europei ed internazionali*, in *Nuovi Quaderni del CDE di Ferrara*, n.3/2016, 4 ss.

⁴ Sulla lenta crescita della politica energetica europea riflette S. LANGSDORF, *EU Energy Policy: From the ECSC to the Energy Roadmap 2050*, Green European Foundation, Heinrich Böll Stiftung, Dicembre 2011.

⁵ La felice espressione si deve a S. STRUNZ – E. GAWEL – P. LEHMANN, *Towards a general 'Europeanization' of EU Member States' energy policies?*, in *Economics of Energy&Environmental Policy*, n. 2/2015, 145 ss.

⁶ Potendo l'UE intervenire solo in via sussidiaria *ex art. 5 TUE*. Cfr. G. STROZZI – R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Giappichelli, Torino, 2017. Gli Autori concepiscono il principio di sussidiarietà come «criterio di smistamento» delle competenze.

⁷ Per D. WOLFSGRUBER – G. B. OLESEN, *The Lisbon Treaty*, op. cit., 5, «such measures shall not affect a member state's right to determine the conditions for exploiting its energy resources, its choice between different energy sources and the general structure of its energy supply, without prejudice to Article 192(2)(c)».

⁸ Rubricata «sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2011/77/CE e 2003/30/CE».

⁹ Indicata come «l'energia proveniente da fonti rinnovabili non fossili, vale a dire energia eolica, solare, aerotermica, geotermica, idrotermica e oceanica, idraulica, biomassa, gas di scarica, gas residuati dai processi di depurazione e biogas».

libertà di stabilimento e la libera fornitura dei servizi – possono essere attuate soltanto in un mercato completamente aperto, che consenta ad ogni consumatore la libera scelta dei fornitori e ad ogni fornitore la libera fornitura ai propri clienti».

Agli Stati membri viene demandata (art. 32, paragrafo 1) «l’attuazione di un sistema di accesso dei terzi ai sistemi di trasmissione e di distribuzione basato su tariffe pubblicate, praticabili a tutti i clienti idonei, ed applicato obiettivamente e senza discriminazioni tra gli utenti del sistema».

Intervenendo circa la possibilità per il legislatore nazionale di introdurre sistemi alternativi con finalità di autoproduzione, la Corte di Giustizia dell’Unione europea¹⁰ - adita in sede di rinvio pregiudiziale proprio da un giudice italiano¹¹ - ha affermato che il libero accesso di terzi ai sistemi distributivi indicati dalla direttiva «costituisce una delle misure essenziali che gli Stati membri sono tenuti ad attuare per completare il mercato interno dell’energia elettrica»¹² e che il margine di discrezionalità effettivamente consentito «non li autorizza a eludere detto principio»¹³.

Ad immettere i consumatori sulla strada della produzione, dell’accumulo e del c.d. auto-consumo di energia ha contribuito, con toni maggiormente prescrittivi rispetto alle precedenti, la direttiva UE 2018/2001 dell’11 dicembre 2018 (c.d. direttiva RED II) che ha esplicitamente chiamato gli Stati membri a provvedere «affinché i consumatori siano autorizzati a divenire autoconsumatori di energia rinnovabile» ed «autoconsumatori di energia rinnovabile che agiscono collettivamente» (art.21).

¹⁰ CGUE, Prima Sezione, 28 novembre 2018, C-262/17, C-263/17 e C-273/17.

¹¹ Con ordinanza del 30 gennaio 2017, il TAR Lombardia ha sottoposto alla Corte lussemburghese molteplici questioni pregiudiziali volte all’interpretazione della direttiva 2009/72/CE con riguardo, tra le altre, alla possibilità *a)* di includere nei sistemi di distribuzione dalla stessa prefigurati anche i sistemi privati nati antecedentemente e sempre per finalità di autoproduzione e *b)* di consentire al legislatore nazionale di individuare categorie di sistemi di produzione alternative ai sistemi di distribuzione chiusi di cui all’art. 28 della stessa direttiva.

¹² CGUE, Prima Sezione, 28 novembre 2018, C-262/17, C-263/17 e C-273/17, par. 54.

¹³ CGUE, Prima Sezione, 28 novembre 2018, C-262/17, C-263/17 e C-273/17, par. 56.

Ricevuto riconoscimento giuridico come c.d. autoconsumatori¹⁴, i cittadini con successivo e più significativo passaggio hanno visto potenziare la loro capacità di partecipazione soprattutto per il tramite delle comunità di energie rinnovabili – CER, qualificate (art. 22)¹⁵ come soggetto giuridico in cui possono confluire persone fisiche, piccole o medie imprese ed autorità locali con il fine di produrre, immagazzinare e utilizzare energia rinnovabile non in vista di profitti, ma per conseguire «benefici ambientali, economici e sociali» (art. 2, n. 16, lett. c)¹⁶.

Si tratta di un modello di produzione riconducibile al principio «energy efficiency first»¹⁷ ma prettamente rivolto alla collettività dei cittadini¹⁸ che, come presupposto della transizione ecologica¹⁹, propone la soluzione del decentramento «a favore di

¹⁴ Identificati, dall'art. 2, par.1, nn. 14 e 15 della direttiva nel cliente finale «che, operando in propri siti situati entro confini definiti o, se consentito da uno Stato membro, in altri siti, produce energia elettrica rinnovabile per il proprio consumo e può immagazzinare o vendere energia elettrica rinnovabile autoprodotta purché, per un autoconsumatore di energia rinnovabile diverso dai nuclei familiari, tali attività non costituiscano l'attività commerciale o professionale principale».

¹⁵ L'art. 22, par. 1 della direttiva 2018/2001 prescrive che «Gli Stati membri assicurano che i clienti finali, in particolare i clienti domestici, abbiano il diritto di partecipare a comunità di energia rinnovabile, mantenendo al contempo i loro diritti o doveri in qualità di clienti finali e senza essere soggetti a condizioni o procedure ingiustificate o discriminatorie che ne impedirebbero la partecipazione a una comunità di energia rinnovabile, a condizione che, per quanto riguarda le imprese private, la loro partecipazione non costituisca l'attività commerciale o professionale principale».

¹⁶ Una esaustiva definizione di comunità di energia rinnovabile la fornisce l'art. 2, par. 1, n. 16, della direttiva UE 2018/2001, ai sensi del quale le CER assurgono a «soggetto giuridico: a) che, conformemente al diritto nazionale applicabile, si basa sulla partecipazione aperta e volontaria, è autonomo ed è effettivamente controllato da azionisti o membri che sono situati nelle vicinanze degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili che appartengono e sono sviluppati dal soggetto giuridico in questione; b) i cui azionisti o membri sono persone fisiche, PMI o autorità locali, comprese le amministrazioni comunali; c) il cui obiettivo principale è fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi azionisti o membri o alle aree locali in cui opera, piuttosto che profitti finanziari».

¹⁷ Il considerando n. 2 della direttiva UE 2018/2002 dell'11 dicembre 2018 richiama espressamente il «principio che pone l'efficienza energetica al primo posto».

¹⁸ Il considerando n. 67 della direttiva *de qua* prescrive che «La concessione di diritti agli autoconsumatori di energia rinnovabile che agiscono collettivamente permette inoltre alle comunità di energia rinnovabile di aumentare l'efficienza energetica delle famiglie e di contribuire a combattere la povertà energetica mediante la riduzione dei consumi e delle tariffe di fornitura. Gli Stati membri dovrebbero cogliere in modo appropriato tale opportunità, anche valutando la possibilità di consentire il coinvolgimento di famiglie che altrimenti potrebbero non essere in grado di partecipare, ivi compresi i consumatori vulnerabili e i locatari».

¹⁹ Per M. MAZZUCATO, *Missione economia. Una guida per cambiare il capitalismo*, Laterza, Roma-Bari, 2021, 101-104 la transizione ecologica impone «una creazione collettiva di valore pubblico».

piccole comunità in armonia con le leggi dell'ecologia»²⁰, in contrapposizione ad un sistema di verticalizzazione ed accentramento del *potere energetico*.

In quanto partecipe della comunità energetica rinnovabile, il cittadino diviene produttore e consumatore, assumendo al contempo la funzione di *consumer* e di *producer* o, in una sola espressione, la veste di c.d. *prosumer*²¹.

Raccogliendo le sollecitazioni provenienti dal quadro sovranazionale il legislatore statale²² e le autorità preposte²³ hanno dato forma a diversi provvedimenti regolatori²⁴, per vero ancora inidonei a definire compiutamente il campo applicativo²⁵ delle *Energy communities*, in quanto complessivamente privi di precisi riferimenti riguardo ad elementi essenziali a dare loro concretezza ed operatività (mezzo giuridico per l'istituzione, modalità e tempistiche di adesione, tutela dei cittadini più deboli²⁶).

Eccessivamente vincolata alla formulazione utilizzata dalle direttive europee di riferimento, la disciplina nazionale rimane frenata, mantenendo una natura prettamente finalistica ed una enunciazione per lo più programmatica che espongono le comunità energetiche al rischio di restare su un piano di «diritto

²⁰ Riflettono in questi termini F. CAPRA – U. MATTEI, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Aboca Edizioni, Sansepolcro, 2017, 233 ss.

²¹ L'espressione si deve a A. TOFFLER, *The third wave*, William Morrow, New York, 1980. Negli anni successivi, D. TAPSCOTT, *The digital economy: Promise and Peril in the age of Networked Intelligence*, McGraw-Hill Education, New York, 1997, 201 ss. ha inquadrato tale realtà nel mondo della digitalizzazione: «gli utenti più avanzati non aspettano più che qualcuno li inviti a trasformare un prodotto in una piattaforma sulla base della quale sviluppare le proprie innovazioni. Piuttosto danno vita ad una community di prosumer nell'ambito della quale condividono tutte le informazioni relative ai prodotti».

²² La disciplina interna muove, in via sperimentale, dall'art. 42 del decreto legge n. 162 del 2019 (c.d. decreto Milleproroghe) che ha recepito la direttiva UE 2018/2001.

²³ Il riferimento è ai primi provvedimenti attuativi che ne sono derivati: la delibera dell'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente (ARERA) 318/2020/R/eel del 4 agosto 2020 e il Decreto del Ministro dello sviluppo economico del 16 settembre 2020.

²⁴ A cui si aggiungono le molteplici iniziative regionali che, in materia, hanno enfatizzato la complessa ripartizione di competenze (legislative e amministrative) tra i diversi livelli di governo.

²⁵ Ad ampliare il perimetro di partecipazione alle comunità energetiche rinnovabili è poi intervenuto il decreto legislativo n. 199 dell'8 novembre 2021 (Attuazione della direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili).

²⁶ L'art. 31, co. 1, lett. d), del d. lgs. n. 199 del 2021 prevede, senza alcuna ulteriore specificazione, che la comunità «è aperta a tutti i consumatori, compresi quelli appartenenti a famiglie a basso reddito o vulnerabili».

eventuale»²⁷ senza trasferirsi dal piano teorico alla realtà economico-sociale cui il modello è destinato.

2. Il riconoscimento delle Comunità energetiche rinnovabili (C.E.R.) attraverso l'impianto costituzionale.

La timidezza mostrata in materia dal legislatore interno non pare giustificabile dal momento che il presupposto della stessa genesi delle *Energy communities* e le finalità che esse incarnano sembrano trovare piena legittimazione nell'apparato di valori affermato dalla nostra Costituzione, fondato sulla «concezione della persona come creatura relazionale immersa in rapporti sociali orientati e ordinati da un saldo principio di solidarietà»²⁸.

D'altra parte, l'*ethos* costituzionale, imperniato «sulla tutela della umana personalità e del suo corretto svolgimento nell'ambito dello Stato sociale»²⁹, è ora indubbiamente proteso anche alla difesa *pro futuro*³⁰ dell'ambiente, da ultimo riconosciuta ed affermata con toni espliciti³¹ e rispondenti alla raggiunta

²⁷ Per un'analisi delle difficoltà che accompagnano il percorso di transizione ecologica, si vedano le generali riflessioni di M. PASSALACQUA, *Green Deal e transizione digitale verso un diritto eventuale*, in ID. (A CURA DI), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, CEDAM, Padova, 2022.

²⁸ Le argute riflessioni sono di P. GROSSI, *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n.3/2017, 835.

²⁹ Così Corte Cass., SS. UU., n. 3665 del 14 febbraio 2011 nell'ormai celebre – e senz'altro innovativa – pronuncia in cui si è tratto dagli artt. 2, 9 e 42 Cost. il formante dei beni comuni, elevati a beni che «a prescindere dal titolo di proprietà, sono funzionali al perseguimento e soddisfacimento degli interessi della collettività costituzionalmente riconosciuti». Per un commento alla pronuncia, si vedano S. LIETO, *Beni comuni, diritti fondamentali e stato sociale. La Corte di Cassazione oltre la prospettiva della proprietà codicistica*, in *Politica del diritto*, n. 2/2011, 331-350 e A. MAZZITELLI, *Costituzione e beni comuni: una categoria giuridica auspicabile?*, in *federalismi.it*, n.21/2018, 7 ss.

³⁰ Si allude all'inciso «nell'interesse delle future generazioni» inserito nel nuovo terzo comma dell'art.9 Cost. Per una lettura fortemente critica di tale formulazione, si rimanda a F. RESCIGNO, *Quale riforma per l'articolo 9*, in *federalismi.it*, 23 giugno 2021. Per l'Autrice il richiamo risulta «alquanto fumoso» e «suscita confusione rispetto agli stessi interessi umani e dimostra al contempo un'impostazione marcatamente antropocentrica».

³¹ Cfr. L. BARTOLUCCI, *Le generazioni future (con la tutela dell'ambiente) entrano "espressamente" in Costituzione*, in *Forum di quaderni costituzionali*, n.2/2022, 20-40.

consapevolezza collettiva - c.d. *living Constitution*³²- dall'intervento novellatore della legge costituzionale n. 1 dell'11 febbraio 2022³³.

E se, come si scorge chiaramente nel mosaico sovranazionale che le ha disegnate, le comunità energetiche rinnovabili sono state concepite per dare concretezza alle esigenze inscindibili dell'individuo, della solidarietà sociale e dell'ambiente, rinsaldando il legame tra il singolo e il territorio circostante³⁴, non v'è dubbio che esse, in ogni componente, trovino profonda e robusta legittimazione proprio in Costituzione.

Ed infatti, in primo luogo, non può non osservarsi che la protezione dell'ambiente, di cui l'efficientamento energetico tramite fonti rinnovabili costituisce evoluta concretizzazione, era da tempo rientrata nel paradigma costituzionale attraverso i noti interventi *ante* riforma del Giudice delle leggi³⁵ che ne hanno rintracciato l'essenza di bene che «inerisce ad un interesse pubblico di valore costituzionale

³² M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti supreme e salute*, n.1/2022, 128-130, nel rintracciare i propositi sottesi alla revisione degli artt. 9 e 41 Cost., riflette puntualmente sulla "positivizzazione" e il "consolidamento" testuale del diritto costituzionale vivente di matrice costituzionale riconnettendo l'intervento del legislatore costituzionale «alla dichiarata finalità di iscrivere nel testo della Carta costituzionale le acquisizioni in tema di tutela ambientale da tempo maturate nell'ordinamento e nella coscienza collettiva, così come emerse nella giurisprudenza ormai pluridecennale del Giudice delle leggi».

³³ Si allude all'intervento di revisione costituzionale degli articoli 9 e 41 Cost. con cui l'ambiente formalmente "entra" nella Costituzione tra i principi fondamentali e nella disciplina dei rapporti economici. Nello specifico, il nuovo terzo comma dell'art.9 Cost. statuisce che la Repubblica «tutela l'ambiente la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni», mentre l'art. 41, nelle novellate formulazioni del secondo e terzo comma, prescrive che l'iniziativa economica «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» e che «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». Per un primo complessivo commento, in termini euforici, si rimanda a G. MARCATAJO, *La riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione e la valorizzazione dell'ambiente*, in *Ambientediritto.it*, n. 2/2022, 1-15.

³⁴ «L'armonia di un individuo con il proprio 'sé profondo' non richiede soltanto un viaggio nell'interiorità, ma un'armonizzazione con il mondo ambientale». Così, J. HILLMAN, *La forza del carattere: la vita che dura*, Adelphi, Milano, 2000, 48. Per un'accurata ricostruzione del filosofo statunitense, si richiama S. D'URSO, *Un argomento a favore della bellezza in architettura. Tratto da una "interpretazione relazionale" del concetto di sostenibilità*, in O. CASTIGLIONE – S. D'URSO (A CURA DI), *La dimensione multidisciplinare della sostenibilità. L'approccio della Bahuas nell'epoca dell'emergenza ambientale*, Tab edizioni, Roma, 302 ss.

³⁵ Sulla progressiva emersione dell'ambiente come valore costituzionale, si rinvia a S. PAJNO – V. PUCCI, *Il diritto "fondamentale" alla salute nei procedimenti di valutazione ambientale*, in *federalismi.it*, n.27/2020, 143 ss.

primario ed assoluto e deve garantire (come prescrive il diritto comunitario) un elevato livello di tutela, come tale inderogabile da altre discipline di settore»³⁶.

Per questa via, il bene ha ricevuto una connotazione tale da consentire di ascriverlo all'*objektive Wertordnung*³⁷ e di individuarlo, per conseguenza, come valore, degno della più alta considerazione nei meccanismi di bilanciamento con altri valori eventualmente in rilievo³⁸.

D'altra parte, il ricordato intervento di revisione costituzionale ha poi introdotto anche nel tessuto esteriore della Carta la tutela ambientale (unitamente a quella della biodiversità e degli ecosistemi)³⁹, configurandolo come canone valoriale alla cui affermazione il legislatore deve ineludibilmente tendere nel promuovere con ogni mezzo lo sviluppo sostenibile.

Oltre che nei suoi principi fondamentali, anche nel titolo II della Carta, specificamente dedicato ai rapporti economici, è possibile rintracciare un punto di riferimento per le CER.

La revisione dell'art. 41 Cost., nella direzione di conciliare i metodi di produzione e consumo con il benessere del territorio⁴⁰ -a prescindere da ogni valutazione in ordine

³⁶ Così Corte cost., sent. n. 37 del 2007. La pronuncia rievoca i precedenti (sentt. nn. 151 del 196 e 210 del 1987) sulla primarietà del valore costituzionale della tutela paesaggistica. Negli stessi termini, nella giurisprudenza costituzionale più recente, v. Corte cost., sentt. nn. 104 del 2008, 12 del 2009, 151 del 2011, 114 del 2012, 278 del 2012, 9 del 2013, 145 del 2013, 246 del 2013, 210 del 2016, 232 del 2017, 260 del 2017, 44 del 2019, 51 del 2020, 63 del 2020, 219 del 2021 e 24 del 2022.

³⁷ Si richiama la dottrina sull'ordine oggettivo dei valori elaborata dalla Corte costituzionale tedesca sin dal c.d. caso Luth: *BverfGE* 7,198 (1958). Cfr. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2001, 152-157; G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica&Politica*, n.1/2006, 14 ss.

³⁸ Sulle diverse modalità attraverso le quali addivenire al bilanciamento tra valori, si rimanda diffusamente a O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002, 365 ss.

³⁹ Muovono in questa direzione le considerazioni, non del tutto acritiche, di M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica*, op. cit., 129.

⁴⁰ L'obiettivo è al centro anche del c.d. European Green Deal (Patto verde europeo), per tale intendendosi quel pacchetto di iniziative politiche (definitivamente approvato dal Parlamento europeo il 15 gennaio 2020) volto al conseguimento della neutralità climatica entro il 2050. Per dettagliati commenti, anche a sfondo critico, sull'incisività dell'iniziativa europea si rimanda, tra i tanti, a E. CHITI, *Managing the Ecological Transition of the EU: the European Green Deal as a Regulatory Process*, in *Common Market Law Review*, n. 59/2022. M. C. CARTA, *Il Green Deal europeo. Considerazioni critiche sulla tutela dell'ambiente e le iniziative di diritto UE*, in *Eurojus.it*, n.4/2020, 54 ss. e M. IANNELLA, *L'European Green Deal e la tutela costituzionale dell'ambiente*, in *federalismi.it*, n. 24/2022, 171 ss.

all'opportunità dell'intervento⁴¹- ha condotto, per un lato, a rafforzare i limiti alla libertà d'intrapresa economica⁴², includendovi la protezione della salute e dell'ambiente e, per altro lato, ad orientare anche proprio sul versante ambientale il controllo normativo sulle iniziative economiche pubbliche e private.

Orbene, se è indubitabile che la tutela ambientale⁴³ e la più generale «protezione di valori primari attinenti alla persona umana»⁴⁴ avevano già ricevuto idonea centralità nel formante giurisprudenziale antecedente la modifica e se è altrettanto vero che la revisione degli artt. 9 e 41 Cost. avrebbe probabilmente potuto spingersi oltre confini puramente *difensivi* fino ad abbracciare una dimensione *attiva* dello sviluppo sostenibile⁴⁵, deve comunque ammettersi che l'art. 41 Cost. restituisce un disegno in cui l'iniziativa produttiva del singolo incrocia i doveri condivisi di tutela del territorio, nella più bilanciata manifestazione del principio di solidarietà.

Sotto tale profilo deve ancora rimarcarsi che una lettura evolutiva della Carta ha già consentito al Giudice delle leggi di ricavare «il principio di massima diffusione delle fonti di energia rinnovabile»⁴⁶ che «trova attuazione nella generale utilizzabilità di tutti i terreni per l'inserimento di tali impianti»⁴⁷ con «il comune intento di ridurre le emissioni di gas ad effetto serra onde contrastare il riscaldamento globale e i cambiamenti climatici»⁴⁸.

⁴¹ Dubbi sulla concreta utilità dell'intervento riformatore dell'art. 41 Cost. sono sollevati da M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica*, op. cit., 140-141 e 208 ss. In termini ancor più drastici, G. SEVERINI – P. CARPENTIERI, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, in *giustiziasieme.it*, 22 settembre 2021. Gli autori parlano di «normazione iconica».

⁴² Il novellato secondo comma dell'art. 41 Cost. aggiunge ai limiti alla libertà d'iniziativa economica già prefigurati (l'utilità sociale, la sicurezza, la libertà e dalla dignità umana) pure il "danno alla salute" e "all'ambiente".

⁴³ La Corte costituzionale ha da tempo ricompreso la tutela ambientale nel limite dell'utilità sociale espresso dall'art. 41 Cost. Si vedano, oltre alla prima celebre sentenza sul caso ILVA (nn. 85 del 2013), Corte cost., sentt. nn. 196 del 1998, 190 del 2001, 116 del 2006 e 58 del 2018.

⁴⁴ Così, Corte cost., sent. n. 548 del 1990.

⁴⁵ Cfr. R. MONTALDO, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?*, in *federalismi.it*, n.13/2022, 209 ss.

⁴⁶ *Ex multis*, Corte cost., sentt. nn. 27 del 2023, 177 del 2021 e 286 del 2019.

⁴⁷ Corte cost. sentt. nn. 13 del 2014 e 224 del 2012.

⁴⁸ Corte cost. sentt. nn. 275, 216 e 77 del 2022.

E del resto, è approdo pure della Suprema Corte di Cassazione l'affermazione⁴⁹ che l'ambiente trovi la propria fonte genetica, al di là delle singole disposizioni della Costituzione, in una lettura coordinata degli articoli 2, 3, 32, 41 e 42 Cost. che porta complessivamente a qualificarlo come «valore pubblico immateriale primario ed assoluto».

A legare l'iniziativa produttiva dei singoli all'erogazione di servizi di pubblica rilevanza interviene ancora la Carta con l'art. 43 che, non senza suscitare aspro dibattito circa il punto di equilibrio tra ruolo dello Stato e intraprendenza privata⁵⁰, completa il modello di Costituzione economica.

La disposizione, incentrata sulla potenziale riserva a favore dello Stato delle attività produttive ricadenti nei servizi pubblici essenziali (nazionalizzazione o pubblicizzazione⁵¹), ha nel tempo subito la spinta, proveniente dal diritto europeo⁵² e dalla giurisprudenza costituzionale⁵³, verso la liberalizzazione⁵⁴ con la quale la

⁴⁹ Così, Corte Cass., sez. II civ., sent. n. 10118 del 16 marzo 2018.

⁵⁰ Per U. POTOTSCHING, *I servizi pubblici*, CEDAM, Padova, 1964, 149, il monopolio pubblico sui servizi essenziali sarebbe stato costituzionalmente legittimo solo all'esito di un'infruttuosa verifica circa l'idoneità degli operatori privati a prestare il servizio. Pertanto, l'azione dello Stato avrebbe dovuto assumere una portata sussidiaria rispetto all'iniziativa economica dei privati. Per V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 404, la titolarità pubblica dei servizi nasceva dal dovere-potere di fornire a tutti i cittadini le prestazioni necessarie a soddisfare i bisogni sociali. Per un'organica analisi delle più autorevoli posizioni emerse in dottrina, si veda A. LUCARELLI, *Commento all'art. 43*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, UTET, Torino, I, 2006, 885-886.

⁵¹ L'espressione è di S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Bari, 2000, 23 e si riferisce, nello specifico, al trasferimento delle imprese elettriche dai privati ad un ente pubblico appositamente costituito.

⁵² Il modello di economia sociale di mercato è andato imponendosi a livello europeo già con l'art. 86, par. 2 TCE.

⁵³ Con le sentenze nn. 225 e 226 del 1074, la Corte costituzionale ha aperto la strada al processo di liberalizzazione nel settore radiotelevisivo culminato con la successiva sentenza n. 148 del 1981. Con la sentenza n. 303 del 1988, si sono ridotte le prerogative dell'impresa pubblica dell'Amministrazione delle Poste e delle Telecomunicazioni. Con la sentenza n. 1104 del 1988, il Giudice delle leggi ha escluso che il concessionario del servizio telefonico potesse godere di privilegi ed esenzioni di responsabilità a scapito degli interessi degli utenti. Il cammino giurisprudenziale verso l'apertura del mercato ha raggiunto l'apice con la sentenza n. 272 del 2004 che ha riconosciuto «rango costituzionale» al valore della concorrenza.

⁵⁴ Sul piano interno, il processo di liberalizzazione è stato concretamente avviato dalla legge n. 481 del 1995 (recante "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità") mossa dall'intento di promuovere nei servizi pubblici essenziali la concorrenza e l'efficienza gestionale.

gestione accentrata dei servizi essenziali, affermatasi in Italia negli anni '60⁵⁵, ha progressivamente ceduto il passo all'apertura generalizzata del mercato, investendo anche la regolamentazione del settore energetico mediante interventi di «dirigismo statale di segno opposto»⁵⁶.

In questo quadro le comunità energetiche potrebbero rientrare nel modello di collettivizzazione prefigurato nello stesso art. 43 Cost., per mezzo delle ormai *dimenticate*⁵⁷ e mai attuate «comunità di lavoratori o di utenti», alle quali possono esser riservate o trasferite «determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia ed abbiano carattere di preminente interesse generale»⁵⁸.

3. Le comunità energetiche come espressione del principio di sussidiarietà orizzontale.

Se i principi fondamentali del dettato costituzionale forniscono alle CER l'orizzonte programmatico e l'ammodernamento del modello di Costituzione economica ne predispongono lo spazio di intervento, è l'art. 118, quarto comma, Cost., nell'affermare la necessità di agevolare con ogni strumento il protagonismo del singolo nella gestione della *res publica*, ad offrire alle comunità energetiche rinnovabili una piena investitura.

⁵⁵ Il riferimento è alla legge n. 1463 del 1962 con cui si è provveduto alla nazionalizzazione dell'intero settore dell'energia elettrica mediante il trasferimento ad Enel delle preesistenti imprese operanti nella produzione e nella distribuzione, nonché al d.p.r. n. 156 del 29 marzo 1973, il quale, intervenendo a modificare il regio decreto del 27 febbraio 1936, ha dato applicazione all'art. 43 Cost. con riguardo al settore radiotelevisivo.

⁵⁶ Così G. GENTILE – P. GONNELLI, *Manuale di diritto dell'energia*, Giuffrè, Milano, 1994, 118 ss.

⁵⁷ Cfr. A. MOLITERNI – S. PELLIZZARI, *La Costituzione "dimenticata": la riserva di attività economiche alle comunità di lavoratori o di utenti*, in *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, n.1/2021, 243 ss.

⁵⁸ L'ascrivibilità delle CER a tali soggetti giuridici non dovrebbe apparire dubitabile atteso che il fine dalle stesse perseguito è senz'altro di utilità generale e al loro interno è assicurata la partecipazione delle autorità (pubbliche) locali.

In questo senso, S. CATTANEO, *Comunità di lavoratori e di utenti*, in *Enc. Dir.*, VII, 1961, 349. Ricostruisce le diverse posizioni emerse in dottrina T. FAVARO, *Pubblico, privato e collettivo: la transizione ecologica tra società e comunità*, in *Dialoghi di diritto dell'economia*, 26 aprile 2022, 15-16.

Spetta ad ogni amministrazione pubblica, nel tentativo «di mettere a fuoco risorse che spesso in termini di conoscenza, abilità ed economicità sono migliori»⁵⁹, il compito di valorizzare l'azione diretta dei cittadini e, dunque, «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà».

Invero, il sostegno che le CER trovano nella Carta si inquadra nella più ampia prospettiva dello Stato comunità, come «insieme dato da tutti i soggetti dotati di personalità giuridica e da tutte le società o associazioni o organismi dotati di personalità giuridica che agiscono nell'ambito dello stesso ordinamento»⁶⁰.

L'affermazione di una tale visione poliedrica che, sul piano degli equilibri tra i centri di potere, trova espressione nel principio di equiordinazione⁶¹ fra lo Stato e le altre articolazioni territoriali sancito dall'art. 114, primo comma, Cost. (così come novellato dalla revisione costituzionale del 2001), sul versante della società civile⁶² si traduce più propriamente nel richiamato principio di sussidiarietà orizzontale⁶³,

⁵⁹ Così F. GIGLIONI, *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*, in *Dir. soc.*, n. 2/2016, 323.

⁶⁰ Si riportano le riflessioni di F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, CEDAM, Padova, 1996, 49-50.

⁶¹ Principio rintracciato dalla Corte costituzionale sin dalla sentenza n. 106 del 2002 in cui si è tratto dal nuovo articolo 114 Cost. un contesto «nel quale gli enti territoriali autonomi sono collocati al fianco dello Stato come elementi costitutivi della Repubblica, quasi a svelarne in una formulazione sintetica la comune derivazione dal principio democratico e dalla sovranità popolare».

⁶² L'importanza della sussidiarietà a completamento dell'impianto decentrato prefigurato dall'art.114 Cost. è efficacemente enfatizzata da E. VIVALDI, *Garanzia dei diritti sociali e ruolo degli enti non profit. Alcune considerazioni a margine del disegno di legge delega per la riforma fiscale e assistenziale (ddl n. 4566) e dei primi provvedimenti di un governo tecnico*, in *Rivista AIC*, n.2/2012, 3-4. Per l'A. «con riferimento ai singoli soggetti chiamati a garantire la permanenza del legame tra diritti inviolabili e doveri inderogabili, se essi fossero soltanto quelli del decentramento ex art. 114 Cost., l'impalcatura costituzionale della solidarietà perderebbe la dimensione del pluralismo, escludendo tutte quelle forme di espressione ulteriori rispetto ai circuiti della rappresentanza politica, che vedono quali protagonisti i cittadini singoli ed associati. In questo senso la sussidiarietà, quale strumento che razionalizza la solidarietà, definisce il contenuto della solidarietà sia nei rapporti verticali, sia nei rapporti orizzontali fra Repubblica e cittadini singoli o associati».

⁶³ G. SCACCIA, *Il paradigma teorico della sussidiarietà istituzionale*, in *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, 2, attribuisce alla sussidiarietà verticale una portata tipicamente istituzionale, in quanto intimamente legata alla

formalmente proclamato nel dettato costituzionale per il tramite dell'art. 118, quarto comma, Cost.

Con esso, a scapito della tradizionale impronta centralista e del paradigma bipolare⁶⁴ amministrazione-amministrato, si afferma la dimensione della compartecipazione nell'azione amministrativa, si rovescia l'originaria concezione di comunità statali caratterizzate «da due forze, autorità e libertà, mosse da centri di espressione»⁶⁵, divergenti al punto da generare due contrapposti poli (Stato e cittadino) «irriducibili, separati, né convergenti e né contrattanti»⁶⁶.

In altre parole, il principio dell'art. 118, quarto comma Cost., pone l'essenza della «Repubblica della sussidiarietà»⁶⁷.

Nella logica della sussidiarietà orizzontale così affermata, la titolarità dei poteri, come diretto – e inevitabile – precipitato dell'art. 1 Cost., verrebbe ascritta al popolo *quoad exercitium*⁶⁸, in virtù, cioè, di concrete attribuzioni di funzioni.

Del resto, è così – e solo così – che la sovranità può davvero *calarsi* nella società e sottrarsi all'egemonizzazione statale progressivamente consolidatasi in stridente contrasto con la vocazione personalista⁶⁹ che permea di sé già il testo costituzionale del 1948.

L'idea di impiantare nella macchina amministrativa prima⁷⁰ e nel dettato costituzionale poi il seme della sussidiarietà, guardando a un nuovo archetipo di

funzione amministrativa, e alla sussidiarietà orizzontale una forte carica sociale in ragione della valenza etica sottesa al coinvolgimento attivo dei cittadini.

⁶⁴ Cfr. S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/2001, 602 ss.

⁶⁵ Per più accurate riflessioni sulla dicotomia tra autorità e libertà, si rinvia a M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1950, 71.

⁶⁶ Così S. CASSESE, *L'arena pubblica*, op. cit., 604 ss.

⁶⁷ F. BASSANINI, *La repubblica della sussidiarietà*, in *astrid-online.it*, 2007, 4.

⁶⁸ In questi termini, già E. TOSATO, *Sovranità del popolo e sovranità dello Stato*, in *Studi in onore di G. M. De Francesco*, Giuffrè, Milano, 1957, 26 ss. e ID., *Sul principio di sussidiarietà dell'intervento statale*, in *Nuova Antologia*, 1959. Cfr. F. BASSANINI, *La Repubblica*, op. cit., 5.

⁶⁹ Per un'accurata ricostruzione del significato storico da attribuire al principio personalista, nel suo intimo legame con il principio di sussidiarietà, si rimanda a S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, in *federalismi.it*, n. 5/2006, 3 ss.

⁷⁰ Con la legge delega n. 59 del 25 marzo 1997 (la c.d. prima legge Bassanini) e con i successivi decreti delegati (il primo il decreto legislativo n. 112 del 31 marzo 1998) si è dato avvio al processo di riforma del sistema amministrativo improntato sui principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione e sul superamento del principio del parallelismo delle funzioni.

rapporto – paritario e non più autoritario e verticale – fra pubbliche amministrazioni e cittadini, si è consolidata quando, sul finire del Novecento, il modello marcatamente statalista ha iniziato a disvelare le proprie fragilità, dando prova di scarsa efficienza e rimanendo imbrigliato nei paralizzanti eccessi della burocratizzazione e della regolamentazione. Tale processo ha generato una crescente insoddisfazione verso le istituzioni del cittadino comune, sempre meno fiducioso di trovare nei pubblici poteri la risposta alle proprie esigenze, con conseguente scollamento dal modello antropocentrico⁷¹ che vuole l'intero sistema istituzionale *al servizio* dei diritti e delle libertà fondamentali salvaguardate dalla *lex fundamentalis*.

L'innesto formale in Costituzione, mediante solenne enunciazione, del principio di sussidiarietà orizzontale, precedentemente nel testo solo *implicito* e *rimasto in trasparenza*⁷², sopravviene allora allo scopo di ridisegnare il rapporto tra pubblico e privato, tendendo a un nuovo punto di equilibrio che sposti il baricentro verso il singolo⁷³ e che garantisca, nello spirito delle formazioni sociali di cui all'art. 2, secondo comma, Cost., l'effettivo svolgimento dei diritti di autonomia⁷⁴.

In particolare, l'art. 4, co.3, lett. a) della legge n. 59 del 25 marzo 1997 statuisce che i conferimenti di funzioni debbono avvenire «attribuendo le responsabilità politiche anche al fine di favorire l'assolvimento di funzioni e di compiti di rilevanza sociale da parte delle famiglie, associazioni e comunità, alle autorità territorialmente e funzionalmente più vicine ai cittadini interessati».

⁷¹ L'espressione, con specifico riferimento alla tutela dell'ambiente, è utilizzata da S. PAJNO – V. PUCCI, *Il diritto "fondamentale"*, op. cit. 134.

⁷² Per S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale*, op. cit., 2 «conviene dunque riconsiderare le radici culturali dell'idea di sussidiarietà, poiché esse danno conto di un lungo percorso – per qualche tempo carsico, quando il principio poteva considerarsi "implicito" ma non enunciato nella Costituzione italiana, leggibile in trasparenza nell'impalcatura compromissoria tra valori, sulla quale la legge fondamentale è stata costruita, poi affermato ed esplicito – che conduce ad un suo crescente rilievo nell'organizzazione dei pubblici poteri».

⁷³ Per A. RINELLA, *Il principio di sussidiarietà: definizioni, comparazioni e modello d'analisi*, in A. RINELLA – L. COEN – R. SCARMIGLIA (A CURA DI), *Sussidiarietà e ordinamenti Costituzionali*, CEDAM, Padova, 1999, 2 ss., il principio di sussidiarietà orizzontale prefigura addirittura un regime di eccezione dell'intervento delle pubbliche amministrazioni nello svolgimento di attività di interesse generale.

⁷⁴ Si rimanda all'intervento di Aldo Moro nell'Assemblea Costituente, seduta pomeridiana del 24 marzo 1947, resoconto sommario, 2416: «parlare di diritti dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali mette in chiaro che la tutela accordata a queste formazioni è niente altro che un'ulteriore esplicitazione, uno svolgimento dei diritti di autonomia, di dignità e di libertà che sono riconosciuti all'uomo come tale».

In termini più pregnanti, la sussidiarietà orizzontale, come strumento di «razionalizzazione della solidarietà»⁷⁵, genera un paradigma collaborativo in cui «l'amministrazione non ha più di fronte un privato che difende i propri spazi di libertà o che reclama la soddisfazione delle proprie esigenze, bensì cittadini che si attivano di propria iniziativa per collaborare con l'amministrazione alla cura di quell'interesse altrui di cui quest'ultima ha avuto finora il monopolio»⁷⁶.

L'evidente cambio di passo non ha lasciato indifferente neppure la Corte costituzionale⁷⁷ che, appuntandosi sull'accresciuta portata del principio di sussidiarietà orizzontale, ha rinvenuto la necessità di sormontare l'impianto secondo cui solo l'azione pubblica sia «intrinsecamente idonea allo svolgimento di attività di interesse generale», per arrivare a riconoscere che tali attività «ben possono essere perseguite anche da un'autonoma iniziativa dei cittadini». Da qui la centralità di un «canale di amministrazione condivisa, alternativo a quello del profitto e del mercato» che possa invadere ogni ambito della vita sociale⁷⁸.

In tali termini, l'art. 118, quarto comma, Cost. si pone l'ambizione⁷⁹ di abbattere le barriere che separano il cittadino dalle amministrazioni e assicurare la cooperazione consapevole in vista di un obiettivo unico: la piena realizzazione della società (e di ciascun cittadino).

La sussidiarietà, nell'inscindibile legame tra verticalità e orizzontalità, mira, dunque, al superamento della logica competitiva in cui i diversi livelli di governo si

⁷⁵ Cfr. G. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2004, 107 ss e E. VIVALDI, *Garanzia dei diritti sociali*, op. cit. 4.

⁷⁶ Così G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, Jovene, vol. I, Napoli, 2005, 189.

⁷⁷ I virgolettati richiamati nel testo sono di Corte cost., sent. n. 131 del 2020.

⁷⁸ Per un approfondito commento alla pronuncia, nonché per una dettagliata analisi delle implicazioni che ne devono derivare per la categoria del Terzo settore, si rimanda a E. ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 8 giugno 2020, 58 ss. Secondo l'A. la Corte costituzionale, appuntandosi sul principio di sussidiarietà orizzontale, offre una «valenza propriamente costituzionalistica» agli Enti del Terzo Settore di cui il legislatore deve necessariamente tener conto nel definire al meglio le attività di monitoraggio e controllo dell'azione di tali enti.

⁷⁹ Riflette sulla «portata dirompente» del principio di sussidiarietà orizzontale A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1997, 609. Per l'A. il principio in parola è equiparabile solo «a quello della separazione dei poteri» e rappresenta «un'idea forte del costituzionalismo moderno».

affrontano riguardo alle rispettive competenze in una continua sfida, a colpi di *actiones finium regundorum*, giungendo ad affermare un'autonomia «eminente relazionale»⁸⁰ e fortemente responsabile in cui ogni soggetto è chiamato a prestare il proprio consapevole contributo a vantaggio dell'intera *rete* sociale.

Se è certamente innegabile la valenza etico-sociale della novella costituzionale del 2001, non può nascondersi che anche la formulazione scelta per l'art. 118, quarto comma, Cost. si connota per un elevato tasso di elasticità che lascia inesplorate le ipotesi di traduzione pratico-applicativa, tanto sul piano della tipologia di interessi sussidiabili, quanto per i modelli organizzativi mediante i quali dovrebbero dipanarsi le iniziative dei privati.

Ma non v'è dubbio che alle concrete declinazioni del principio di sussidiarietà orizzontale sia chiamato il legislatore, tenuto a dare vita, in ogni ambito incidente sulla qualità della vita dei consociati⁸¹, alla c.d. cittadinanza societaria⁸².

All'esito di una mirabile attività di sincretismo ideologico⁸³, la costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà traccia la strada che l'intero ordinamento è chiamato a percorrere per garantire la piena valorizzazione dell'individuo nella gestione della cosa comune.

Invitando alla creazione di figure giuridiche effettivamente idonee ad incoraggiare lo svolgimento di attività di utilità sociale ad opera di cittadini singoli e associati,

⁸⁰ Sull'interpretazione del principio di sussidiarietà in senso relazionale, sempre G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà*, op. cit., 192 ss.

⁸¹ In tal senso, un preciso monito al legislatore in ordine alla definizione dei rapporti tra Codice del Terzo Settore e Codice dei contratti pubblici, proviene da L. GORI, *La saga della sussidiarietà orizzontale. La tortuosa vicenda dei rapporti tra Terzo settore e P.A.*, in *federalismi.it*, n.14/2020, 208. Per l'A. a stimolare tempestivi interventi del legislatore deve essere «l'implementazione del principio di sussidiarietà orizzontale in taluni settori di attività di interesse generale vitali per la qualità di vita delle comunità».

⁸² La concezione giuridica della cittadinanza societaria si deve a P. DONATI, *La cittadinanza societaria*, Laterza, Roma-Bari, 1993, 299 ss. Per l'A. tale espressione si riferisce alla «forma di un complesso di diritti-doveri delle persone e delle formazioni associative che articola la vita civica in 'autonomie universalistiche', capaci di integrare la generalità dei fini con pratiche di autogestione».

⁸³ In questo senso le riflessioni di S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale*, op. cit. 3 che richiamano, per l'incidenza culturale tedesca, R. HOFMANN, *Il principio di sussidiarietà. L'attuale significato nel diritto costituzionale tedesco ed il possibile ruolo nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, per il quale «nel principio di sussidiarietà convergono valori ed ideali del liberalismo tedesco e della dottrina sociale cattolica».

già nel 2002 il Consiglio di Stato⁸⁴ indicava il principio di sussidiarietà orizzontale quale «criterio propulsivo» in virtù del quale ancorare il rapporto pubblico-privato ad una «visione secondo cui lo Stato e ogni altra Autorità pubblica proteggono e realizzano lo sviluppo della società civile partendo dal basso, dal rispetto e dalla valorizzazione delle energie individuali, dal modo in cui coloro che ne fanno parte liberamente interpretano i bisogni collettivi emergenti dal sociale e si impegnano direttamente per la realizzazione di quelle che sono avvertite come utilità collettive, come esigenze proprie della comunità di cui fanno parte».

Solo garantendo mediante interventi normativi appropriati la piena estensione della sussidiarietà orizzontale possono affermarsi i nuovi modelli di effettiva compartecipazione in tutti quei segmenti – tra cui senza dubbio ricade quello ambientale – in cui deve e può svilupparsi più intensamente la *civicness* della popolazione. Passa principalmente da questo anche il *kerygma* delle comunità energetiche.

4. Un virtuoso modello di pluralismo sociale.

Il rievocato complesso normativo *multilevel* riguardante le CER risulta preordinato a contribuire alla soluzione di cogenti esigenze – oggi pure aggravate dal quadro geopolitico e dall’ingravescenza delle tensioni internazionali – inerenti, per un verso, al miglioramento delle condizioni ambientali ed alla riduzione delle emissioni inquinanti e, per altro verso, alla produzione di energia a prezzi meno onerosi per le collettività ospitate dai territori che le accolgono.

Si tratta di un’evidente espressione della ricerca di modelli di pluralismo che siano in grado di apprestare soluzioni alternative o, almeno, di supporto nel perseguimento di obiettivi di particolare interesse collettivo richiedenti convergenza di sforzi ed impegno diffuso.

Ponendosi per definizione le CER come strumento diretto alla costruzione di nuovi assetti nel contesto della produzione energetica in cui possano compendiarsi le

⁸⁴ Cons. St., Atti norm., sent. 6 marzo 2002, n. 1354.

azioni sinergiche di cittadini, associazioni, imprese ed istituzioni pubbliche, la loro natura giuridica è quella di un soggetto, senza finalità di lucro, con base sociale aperta alla partecipazione di enti pubblici e di privati, in questi ultimi ricomprendendo cittadini, imprese, associazioni.

Sotto il profilo funzionale esse producono da impianti posti nella propria disponibilità ed in un ambito tendenzialmente coincidente con il territorio comunale, destinano l'energia pulita ed i servizi connessi al contenimento delle immissioni alla stessa comunità ed operano a vantaggio dei cittadini del luogo nel quale la CER risulta insediata⁸⁵.

Rientra, poi, tra i compiti precipi della CER devolvere eventuali ricavi o benefici economici derivanti dalle attività svolte per strategie di contrasto alla povertà energetica e, dunque, per l'erogazione di servizi a favore di soggetti meritevoli di protezione o per il finanziamento di iniziative a favore della collettività locale.

Detto complesso di compiti conferma come la realizzazione di un profitto finanziario che pure può essere perseguito, eventualmente anche oltre il reintegro delle risorse necessarie allo svolgimento del complesso delle attività previste o il reinvestimento⁸⁶, non ne snatura, né affievolisce la connotazione, di strumento di innovazione sociale e di attuazione della sussidiarietà orizzontale, per dirottarla nella diversa direzione dell'imprenditorialità produttiva.

Depone in tal senso la previsione di elementi imprescindibili - fra cui la ricordata base sociale democratica e la specifica apertura alla spontanea partecipazione dei cittadini singoli e associati; la prefigurazione delle finalità riguardanti il consumo di energia rinnovabile e l'intervento solidaristico di contrasto della povertà energetica; la valorizzazione della dimensione territoriale della produzione e del

⁸⁵ L'articolo 31, comma 2, lettera a), d. lgs. n. 199/2021 prescrive che l'energia prodotta dalle Comunità venga utilizzata prioritariamente per l'autoconsumo istantaneo in sito ovvero per la condivisione con i membri della comunità stessa. Oltre alla produzione, condivisione e vendita di energia pulita esse possono promuovere interventi di domotica e di efficienza energetica, offrire servizi di ricarica dei veicoli elettrici ai propri membri, vendere al dettaglio e prestare servizi connessi.

⁸⁶ In tali sensi esplicitamente si determina E. CUSA, *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, n. 1/2020, per il quale non è preclusa «una limitata divisione degli utili tra i membri di tali comunità».

suo utilizzo - che ben si coniugano con le finalità istituzionali degli enti pubblici locali che esercitano la sovranità sul territorio.

Sicché, può confermarsi che le CER si esprimono come strumenti di stretta collaborazione fra pubblico e privato, in un coinvolgimento che assorbe e supera l'interesse dei singoli partecipanti e si protende a vantaggio dell'intera comunità e del suo territorio.

Si tratta di una concezione dinamica del rapporto istituzione-cittadino, alla ricerca di una dimensione effettivamente partecipata, in cui il singolo, non più solo consumatore, ma anche piccolo-investitore e co-imprenditore interviene attivamente e direttamente⁸⁷ (*active citizenship*) alla tutela dell'ambiente in cui vive ed allo sviluppo della comunità cui appartiene.

Rinsaldando la relazione fra amministrazioni locali e società civile, la CER configura una sorta di alleanza finalizzata alla realizzazione di un "mercato" dell'energia che sia capace di «assicurare il trattamento equo e non discriminatorio»⁸⁸ dei consumatori che vi aderiscono.

Le richiamate finalità, più propriamente dirette a risultati concreti di riduzione delle fonti inquinanti e di risparmio energetico, non esauriscono a ben vedere le potenzialità insite nello strumento partecipativo, i cui effetti si prestano a travalicare il già ambizioso perimetro indicato dalla disciplina di riferimento.

A ben vedere, infatti, la cittadinanza attiva, aperta e volontaria, preposta alla spinta verso un mercato energetico realmente diffuso e radicato sul territorio, potrebbe portare con sé anche l'effetto di rafforzare la relazione fra il singolo e l'ambiente, contribuendo a realizzare una rivoluzione anche culturale dell'approccio dell'utente con il bene tutelato, avvertito non più come altro da sé ed affidato alla gestione di mani estranee, ma "vicino" (se non anche "proprio"), essendo visibili le attività di produzione ed immediatamente fruibili i servizi connessi ed i benefici ricadenti sulla collettività di appartenenza.

⁸⁷ Cfr. S. PROFETI – V. TARDITI, *Le pratiche collaborative per la co-produzione di beni e servizi: quale ruolo per gli enti locali?*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 4/2019.

⁸⁸ Art. 22, par. 4, lett. i), Direttiva UE n.2018/2001.

D'altra parte, la vicinanza al luogo di attivazione garantisce anche la conoscenza immediata, l'accesso facilitato all'informazione ed il conseguimento di una consapevolezza indispensabile all'effettività del cambiamento. In proposito deve rammentarsi che la partecipazione diretta è stata sempre favorita nelle scelte adottate in materia ambientale a livello sovranazionale⁸⁹ non solo per il principio di responsabilità condivisa, quanto proprio anche per le possibilità di maggior coinvolgimento dei cittadini che siano raggiungibili dall'informazione costante, ricercata dai singoli o somministrata dagli enti locali, con l'implicita finalità di estendere modelli virtuosi di partecipazione.

Si vuol dire che il principio di prossimità che impernia di sé l'intero impianto normativo delle CER conferma, ancora anche per tale verso, la riconducibilità dello strumento prescelto per facilitare la transizione energetica alla sussidiarietà orizzontale e al *favor* che la nostra Carta riserva alle iniziative di collaborazione dei cittadini nell'esplicazione di attività di interesse collettivo.

Né l'effetto partecipativo appena descritto rimane l'unica conseguenza indirettamente rilevante sotto il profilo della connessione del modello previsto per le comunità energetiche con il principio recato dall'art. 118 Cost. Non può non osservarsi in proposito che l'intima relazione che si genera mediante la partecipazione ad una comunità energetica favorisce il senso di appartenenza del cittadino all'istituzione con cui interagisce e collabora.

Per tale via, al di là dei risultati prefigurabili nell'auspicata direzione dell'intensificazione del rapporto individuo-comunità-ambiente, può rilevarsi che il modello di cooperazione si spinge sulla strada virtuosa dell'avvicinamento del cittadino alle istituzioni i più prossime, non di rado percepite dal singolo come distanti – se non ostili – ai propri bisogni, nonché dell'immedesimazione del

⁸⁹ Già la direttiva 90/313/CEE del 7 giugno 1990, poi modificata dalla direttiva 2003/4/CE e recepita con d. lgs. n. 195 del 19 agosto 2005, nonché la Convenzione di Aarhus del 25 giugno 1998, approvata con Decisione 2005/370/CE e ratificata dall'Italia con la legge n. 108 del 13 luglio 2001, si occupavano di favorire la partecipazione del pubblico ai processi decisionali in materia ambientale mediante l'agevolazione dell'accesso alle informazioni detenute dalle autorità pubbliche.

singolo con la collettività del territorio in cui risiede, anch'essa talvolta ispirante sentimenti di estraneazione e distacco.

Certamente non può negarsi che l'inadeguatezza della normativa nazionale, segnalata in precedenza, ha prestato il fianco a forti incertezze interpretative sul ruolo degli enti coinvolti nell'avvio delle comunità e prodotto perdurante conflittualità circa la distribuzione delle competenze legislative tra Stato e regioni che certamente hanno prodotto generali rallentamenti.

Nel più recente scrutinio della Corte costituzionale in materia⁹⁰ che ha complessivamente confermato il rilevante ruolo affidato agli enti regionali nello sviluppo degli aspetti di dettaglio attinenti la disciplina sul funzionamento delle comunità energetiche rinnovabili, risulta rimarcata -per quel che qui maggiormente rileva- la prevalenza dei principi espressi dalla direttiva 2018/2001 nel richiamare gli Stati membri a fornire "un quadro di sostegno atto a promuovere e agevolare lo sviluppo delle comunità di energia rinnovabile" e garantire che "la partecipazione alle comunità di energia rinnovabile sia aperta a tutti consumatori, compresi quelli appartenenti a famiglie a basso reddito o vulnerabili"⁹¹.

5. Conclusioni.

La configurazione nel nostro ordinamento del modello delle Comunità energetiche rinnovabili come "terza via" rispetto alle soluzioni dell'accentramento delle funzioni o dell'opposta liberalizzazione nel campo della produzione e dello scambio di energia, risponde alle sollecitazioni provenienti dal composito quadro delineatosi nel tempo per effetto degli interventi prodotti a livello eurounitario.

Invero, l'analisi della disciplina interna delle CER ha portato a rilevare un complesso normativo dalla spiccata natura finalistica e programmatica, che pare risentire nella sua frammentarietà del legame con il testo delle direttive europee di

⁹⁰ Il riferimento è alla sentenza n. 48 del 23 marzo 2023 che ha affrontato la questione di legittimità costituzionale promossa dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri nei confronti della l.r. Abruzzo n.8/2022 recante "Interventi regionali di promozione dei gruppi di autoconsumatori di energia rinnovabile e delle comunità energetiche rinnovabili e modifiche alla l.r. n.6/2022".

⁹¹ Così par. 7.5 del *Considerando in diritto*, sent. Corte Cost. n. 48/2023.

riferimento e rimanere vago riguardo a profili risultanti invece essenziali per conferire concretezza al cambiamento che l'*Europeanization* della materia ha richiesto agli Stati membri.

È parso interessante allora allargare lo sguardo e rintracciare mediante una lettura sistematica ed evolutiva della *lex fundamentalis*, una guida unificante nella interpretazione della scomposta disciplina legislativa del settore.

Posto che le comunità di energie rinnovabili esprimono ontologicamente l'affermazione dell'individuo, della solidarietà sociale e dell'ambiente, la loro più alta investitura non può che risiedere nella Costituzione.

D'altra parte, la connotazione data all'ambiente, già nel formante giurisprudenziale *ante* riforma, come *interesse pubblico di valore costituzionale primario ed assoluto*, ha consentito di configurarlo, per riflesso, come valore degno di bilanciare - ed esser bilanciato da - altrettanti valori.

Ebbene, non v'è dubbio che se i principi fondamentali (e i valori primari) del dettato costituzionale forniscono alle comunità di energia l'orizzonte programmatico e se l'ammodernamento del modello di Costituzione economica ne prefigura lo spazio di intervento, è l'art. 118, quarto comma, Cost. a connotare la *ratio essendi* delle comunità energetiche.

Ed infatti, la configurazione del nuovo paradigma di mercato energetico che le CER rappresentano, mediante forme di autoorganizzazione in cui convergono le azioni sinergiche di cittadini, associazioni, imprese ed istituzioni pubbliche, declina al meglio il principio della sussidiarietà orizzontale.

La costruzione di nuovi assetti produttivi con base sociale aperta alla partecipazione di enti pubblici e di privati e con la finalità della produzione e dello scambio di energie generate da fonti rinnovabili all'interno del territorio comunale ed a vantaggio della collettività che vi risiede, richiama il principio di prossimità confermando, ancora una volta, la riconducibilità del modello alla sussidiarietà orizzontale ed al *favor* che la nostra Carta riserva alle iniziative di *active citizenship*

che vedono in stretta collaborazione i singoli con l'amministrazione nell'esplicazione di attività di interesse generale⁹².

Si tratta di una concezione dinamica del rapporto istituzione-cittadino in cui il singolo, riconosciuto come piccolo-investitore e co-imprenditore, assume un ruolo da protagonista, nella definizione e gestione del processo di transizione del territorio verso un orizzonte di autosostenibilità⁹³.

A questo punto l'aspetto di maggiore novità del sistema delle CER può rinvenirsi non solo nel merito degli obiettivi prefissati, tutti connessi alle esigenze della transizione energetica verso forme di sostenibilità, quanto soprattutto nel metodo introdotto per il loro conseguimento.

Ed infatti, per un verso, la cittadinanza attiva, spontanea ed aperta, preordinata alla spinta verso un mercato energetico realmente diffuso e radicato sul territorio, produce l'effetto di reimpostare la relazione fra il singolo e l'ambiente, modificando l'approccio culturale con il bene tutelato, percepito non più come lontano dalla propria sfera di controllo, ma restituito alle cure dei diretti interessati; per altro verso, la partecipazione alla comunità energetica favorisce il senso di appartenenza del cittadino all'istituzione con cui interagisce.

Il modello di collaborazione pubblico-privato che la comunità realizza supera le tradizionali logiche della proprietà degli strumenti di produzione concepiti come *facultas excludendi alios*, per divenire mezzo di condivisione in direzioni che spaziano dalle attività produttive estese ad un intero territorio, ai benefici derivanti dal consumo di energia pulita; dall'individuazione di servizi connessi alla produzione energetica fruibili per l'intera comunità alla devoluzione di vantaggi e risorse per il superamento della povertà energetica.

Mutando con le CER la prospettiva dello schema produttivo si rinsalda il legame di solidarietà fra il territorio ed il cittadino che lo abita, chiamato a proteggerlo con

⁹² Osserva F. GIGLIONI, *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*, in *Dir. soc.*, 2/2016, 323 che il principio di sussidiarietà orizzontale obbliga l'amministrazione ad interpretare la propria missione in termini più aperti, mettendo a fuoco "risorse che spesso in termini di conoscenza, abilità ed economicità sono migliori nel rispetto sempre del disegno costituzionale".

⁹³ In questi termini, M. BOLOGNESI – A. MAGNAGHI, *Verso le comunità energetiche* in *Scienze del territorio*, 2020, pag. 142.

consapevolezza rinnovata, da trasmettere alle generazioni future, insieme a modelli virtuosi di godimento dei beni comuni.

dirittifondamentali.it

Le “eccezioni” del diritto della concorrenza per contrastare la povertà energetica

di
Emanuele Fazio*

SOMMARIO: 1. Premessa. Una politica della concorrenza pronta a contrastare la povertà energetica; 2. Il ruolo complementare del diritto della concorrenza: un bilanciamento dinamico tra regole ed eccezioni; 3. Il grado di (de)centralizzazione del *public enforcement* per assicurare il bilanciamento dinamico sostanziale; 4. La necessità di un nuovo “*stare decisis* amministrativo” orientato dal basso; 5. Conclusioni.

1. Premessa. Una politica della concorrenza pronta a contrastare la povertà energetica

Le risposte europee agli effetti della pandemia di COVID-19¹, oltre a determinare un rimodellamento delle politiche di sostegno dell’Unione europea e degli Stati membri, hanno contribuito ad avviare un processo di revisione degli strumenti

*Dottorando di ricerca in Diritto, Scuola Superiore Sant’Anna, emanuele.fazio@santannapisa.it.

¹ Come è noto, l’Unione europea (UE) ha reagito all’impatto economico e sociale della pandemia di COVID-19 adottando una vasta gamma di misure, tra cui Next Generation EU Recovery Plan (NGEU), 2021-2027 Multiannual Financial Framework (MFF) e State aid Temporary Framework. Un’analisi esaustiva delle numerose misure adottate è effettuata da F. FABBRINI, *The Legal Architecture of the Economic Responses to COVID-19: EMU beyond the Pandemic*, *Journal of Common Market Studies*, 2022, p. 186-203, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/jcms.13271>; B. DE WITTE, *The European Union’s COVID-19 recovery plan: The legal engineering of an economic policy shift*, *Common Market Law Review*, 2021, p. 635-682, <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Common+Market+Law+Review/58.3/COLA2021046>; J. ECHEBARRIA FERNÁNDEZ, *A Critical Analysis on the European Union’s Measures to Overcome the Economic Impact of the COVID-19 Pandemic*, *European Papers*, 2020, p. 1399-1423.

della politica della concorrenza e delle relative procedure di applicazione². In questo contesto, la Commissione europea ha pubblicato la Comunicazione “Una politica della concorrenza pronta a nuove sfide”³ al fine di evidenziare la capacità di adattamento e di supporto complementare⁴ del diritto della concorrenza alle nuove priorità dell’Unione⁵.

Lo scopo della politica della concorrenza resta la preservazione dell’apertura e della competitività dei mercati: tuttavia, attraverso la revisione in corso di tutti gli strumenti della concorrenza (regole antitrust, controllo sulle concentrazioni e controllo degli aiuti di Stato), la Commissione mira a consentire alle imprese dell’UE di guidare la transizione verde e la transizione digitale, «*pur riservando agli utilizzatori [dei nuovi prodotti] una congrua parte dell’utile che ne deriva*»⁶.

Il presente scritto propone un’analisi nel dettaglio della Comunicazione della Commissione, con particolare attenzione al tema dell’efficientamento energetico; nello specifico, l’analisi verte sulla necessità di accordi di cooperazione e di investimenti su larga scala per contrastare il fenomeno della «povertà energetica»⁷,

² Per un confronto con il processo di riorganizzazione generale della struttura amministrativa dell’UE determinato dalle risposte europee alla crisi finanziaria cfr. P. GRAIG, G. DE BÚRCA, *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2021, p. 363-372; E. CHITI, *In the Aftermath of the Crisis – The EU Administrative System Between Impediments and Momentum*, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2015, p. 311.

³ Commissione europea, *Una politica della concorrenza pronta a nuove sfide*, (Comunicazione) COM(2021) 713 final.

⁴ Per l’evoluzione del ruolo complementare del diritto della concorrenza alle regolamentazioni *ex ante* cfr. J. DREXL, F. DI PORTO, *Competition law as Regulation*, Elgar, Cheltenham, 2015, p. 153-162.

⁵ Commissione europea, *Una politica della concorrenza pronta a nuove sfide*, *cit.* (n 3), p. 21.

⁶ *Ibidem*, p. 6-7. È interessante notare sin da subito che la Commissione utilizza esplicitamente la stessa formulazione dell’art. 101, comma 3, del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE).

⁷ Sebbene non sia stata ancora adottata una definizione vincolante a livello dell’UE, per «povertà energetica» s’intende la mancanza di accesso di una famiglia ai servizi energetici essenziali che sono alla base di un tenore di vita e di salute dignitoso, compresi riscaldamento, raffreddamento, illuminazione ed energia adeguati ad alimentare gli apparecchi, nel contesto nazionale pertinente, nella politica sociale esistente e nelle altre politiche pertinenti. È un fenomeno pluridimensionale provocato dalla combinazione di diversi fattori, tra i quali i redditi bassi, le spese energetiche elevate e la scarsa efficienza energetica negli immobili. Council, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on energy efficiency (recast)*, 27 June 2022, art. 2(48), procedura legislativa in corso, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10697-2022-INIT/en/pdf>; European Parliament, *Amendments adopted by the European Parliament on 22 June 2022 on the proposal for a*

e sostenere i relativi progetti infrastrutturali⁸. Infatti, il solo sostegno pubblico non è in grado di assicurare il raggiungimento degli obiettivi delle transizioni: per quanto questo sia in grado di fornire le risorse necessarie al cambiamento, le imprese devono essere incentivate a proporre soluzioni che siano al contempo pionieristiche ed efficienti a livello energetico⁹. La concorrenza offre tali incentivi, sollecitando gli operatori privati e pubblici a innovare, garantendo simultaneamente l'assenza di discriminazioni fra le imprese europee all'interno del Mercato unico e la possibilità da parte dei consumatori di beneficiare del libero gioco della concorrenza¹⁰.

Nell'ambito del programma faro del Next Generation EU Recovery Plan (NGEU), vale a dire il dispositivo per la ripresa e la resilienza (RRF), almeno il 37% dei fondi assegnati agli Stati membri deve essere destinato a misure che contribuiscano alla transizione verde¹¹. Tale finanziamento pubblico, e l'indirizzo sotteso alla sua erogazione (il perseguimento degli obiettivi "verdi"), sono importanti anche per stimolare gli accordi e gli investimenti del settore privato destinati alla realizzazione di misure di contrasto alla povertà energetica, quali ad esempio soluzioni a sostegno del miglioramento dell'efficienza energetica¹². Le azioni

regulation of the European Parliament and of the Council establishing a Social Climate Fund, 22 June 2022, amendment 54, procedura legislativa in corso, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0247_EN.html; Commissione europea, Raccomandazione (UE) 2020/1563 sulla povertà energetica, SWD(2020), considerando 1.

⁸ Oggigiorno è necessario indirizzare gli investimenti pubblici e privati verso progetti di efficienza energetica, strategie di ristrutturazione a lungo termine nonché verso l'adeguamento dell'infrastruttura energetica all'aumento della produzione di energia da fonti rinnovabili. Commissione europea, *Uniti nel realizzare l'Unione dell'energia e l'azione per il clima: gettare le fondamenta della transizione all'energia pulita*, (Comunicazione) COM(2019) 285 final, 12-13; Commissione europea, *Una strategia quadro per un'Unione dell'energia resiliente, corredata da una politica lungimirante in materia di cambiamenti climatici*, (Comunicazione) COM(2015) 080 final, 2.

⁹ Cfr. Commissione europea, *Una politica della concorrenza pronta a nuove sfide*, cit. (n 3), p. 2.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, art. 18.

¹² Commissione europea, *Una politica della concorrenza pronta a nuove sfide*, cit. (n 3), p. 6. Per «efficienza energetica» s'intende il rapporto tra un risultato in termini di rendimento, servizi, merci o energia e l'immissione di energia; mentre per «miglioramento dell'efficienza energetica» si fa riferimento all'incremento dell'efficienza energetica risultante da cambiamenti tecnologici, comportamentali e/o economici. Direttiva 2012/27/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012, art. 2(4) e 2(6); Regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del

relative all'efficienza energetica rappresentano infatti una delle tipologie di interventi finalizzati al contrasto della povertà energetica negli Stati membri dell'UE¹³. In particolare, tali misure rappresentano la categoria di interventi su cui la politica e le regole della concorrenza possono assumere un determinante ruolo di incentivazione.

L'attuale processo di revisione – in corso – del diritto della concorrenza, volto a favorire in modo complementare gli obiettivi verdi, consiste in un ampio allentamento delle regole della concorrenza e in un coordinamento maggiormente centralizzato delle procedure di applicazione. In particolare, per quanto riguarda le regole antitrust e il controllo sulle concentrazioni, la Comunicazione sottolinea la necessità di facilitare accordi pro-competitivi e acquisizioni, in base ai quali qualsiasi potenziale danno alla concorrenza è controbilanciato dai vantaggi verdi e dal contrasto alla povertà energetica¹⁴. Sul fronte degli aiuti di Stato, la Commissione sostiene le revisioni degli Orientamenti sugli aiuti di Stato e delle sezioni sul clima, ambiente ed energia del Regolamento generale di esenzione per categoria (GBER), al fine di far convergere direttamente gli investimenti pubblici e privati verso infrastrutture verdi e progetti per l'efficienza energetica¹⁵. Tutte queste iniziative sostanziali saranno accompagnate da un ruolo attivo della Commissione, pronta a fornire orientamenti alle parti interessate e alle autorità nazionali per la nuova applicazione delle regole¹⁶.

Il processo di revisione in corso offre sicuramente un'opportunità per integrare le normative *ex ante* al fine di facilitare il raggiungimento degli obiettivi verdi attraverso la concorrenza, soprattutto in riferimento al fenomeno della povertà

Consiglio dell'11 dicembre 2018 sulla governance dell'Unione dell'energia e dell'azione per il clima, art. 2(44) e 2(46).

¹³ Le tipologie di intervento di contrasto alla povertà energetica, adottate nei paesi dell'Unione europea, possono essere raggruppate in: azioni per l'efficienza energetica, azioni per la riduzione dei prezzi finali, azioni per il sostegno al reddito. Cfr. Osservatorio Italiano sulla povertà energetica (OIPE), *Rapporto sullo stato della povertà energetica in Italia*, 2019, p. 9-10. Per un'ulteriore categorizzazione si veda S. BESSA, J. P. GOUVEIA, *A framework for policy mix analysis: assessing energy poverty policies*, *Journal of Environmental Economics and Policy*, 2022, p. 6.

¹⁴ Commissione europea, *Una politica della concorrenza pronta a nuove sfide*, cit. (n 3), p. 12-13.

¹⁵ Commissione europea, *Una politica della concorrenza pronta a nuove sfide*, cit. (n 3), p. 9-12.

¹⁶ Commissione europea, *Una politica della concorrenza pronta a nuove sfide*, cit. (n 3), p. 13.

energetica. Tuttavia, il presente scritto intende porre in luce due tensioni, di carattere sostanziale e procedurale, che caratterizzano la suddetta richiesta di applicazione complementare del diritto della concorrenza. Queste due tensioni riguardano la nuova interpretazione e applicazione delle regole della concorrenza, discussa nel secondo paragrafo, nonché il grado di accentramento necessario dei nuovi meccanismi di *public enforcement*, analizzato nel terzo e nel quarto paragrafo. Ad avviso dell'autore, il diritto della concorrenza dell'UE dovrà regolare le tensioni analizzate offrendo risposte sostanziali e procedurali dinamiche. Nell'ultima parte dello scritto verranno offerte alcune considerazioni finali.

2. Il ruolo complementare del diritto della concorrenza: un bilanciamento dinamico tra regole ed eccezioni

Partendo dall'analisi della prima tensione, di carattere sostanziale, la Commissione ha proposto una serie di misure di revisione delle regole della concorrenza, raggruppabili nelle seguenti categorie: strumenti di revisione delle regole antitrust, regole di semplificazione del controllo sulle concentrazioni, modifiche alle discipline degli aiuti di Stato¹⁷. In generale, l'approccio promosso dalla Commissione richiederà una serie di bilanciamenti dinamici di regole ed eccezioni nell'interpretazione ed applicazione delle regole della concorrenza, al fine di adeguare le stesse agli obiettivi verdi e digitali.

Per adempiere al proprio ruolo complementare, le regole della concorrenza sono state finora applicate simultaneamente ai regolamenti orizzontali¹⁸. Tuttavia, a vantaggio delle transizioni e dell'efficientamento energetico, le regole della concorrenza devono essere accantonate laddove siano soddisfatte determinate condizioni per le esenzioni. In effetti, le iniziative in corso per rivedere la

¹⁷ In riferimento alle diverse misure si veda Commissione europea, *Allegato della Comunicazione "Una politica della concorrenza pronta a nuove sfide"*, (Allegato della Comunicazione) COM(2021) 713 final.

¹⁸ J. DREXL, F. DI PORTO, *op. cit.* (n 4), p. 153-162.

normativa antitrust, le regole sulle concentrazioni e la disciplina degli aiuti di Stato sostengono un allentamento dell'applicazione delle stesse¹⁹.

In riferimento alla revisione in atto della disciplina antitrust e delle regole sulle concentrazioni, le istituzioni dell'UE intendono facilitare accordi e azioni congiunte tra imprese per fornire soluzioni che contrastino il fenomeno della povertà energetica. A titolo esemplificativo, la Commissione ha pubblicato di recente un progetto di nuove Linee guida che stabiliscono i principi per la valutazione degli accordi di cooperazione orizzontale, delle decisioni e delle pratiche concordate tra imprese ("accordi") ai sensi dell'art. 101 TFUE²⁰.

La valutazione degli accordi *ex art. 101 TFUE* è caratterizzata da due fasi. La prima fase consiste nel valutare se un accordo tra imprese, che può pregiudicare il commercio tra Stati membri, abbia un oggetto anticoncorrenziale o produca effetti anticoncorrenziali effettivi o potenziali *ex art. 101(1)*. La seconda fase consiste nell'accertamento di eventuali benefici derivanti dall'accordo sotto esame e nella valutazione degli stessi, al fine di verificare se i benefici superino le restrizioni alla concorrenza *ex art. 101(3)*. Se l'accordo soddisfa le condizioni e le giustificazioni ("eccezioni") previste dall'art. 101, comma 3, questo non decade automaticamente²¹. Secondo l'approccio richiesto dalla Commissione, gli accordi di cooperazione che riuniscono strategie di produzione o di distribuzione, capacità di ricerca, competenze complementari e risorse hanno la probabilità di produrre effetti di miglioramento dell'efficienza energetica a vantaggio dei consumatori²². A titolo esemplificativo, i produttori di lavatrici possono concordare l'esclusione dal mercato di macchine meno efficienti per produrre modelli più avanzati che

¹⁹ Commissione europea, *Allegato della Comunicazione "Una politica della concorrenza pronta a nuove sfide"*, cit. (n 17), p. 1-6.

²⁰ Commissione europea, *Approvazione del contenuto del progetto di comunicazione della Commissione – Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale*, (2022/C 164/01); Commissione europea, *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale*, (Comunicazione) COM (2022) 1159 final.

²¹ Art. 101(2) TFUE.

²² Si veda l'esempio degli accordi di cooperazione per il miglioramento dell'efficienza energetica dei nuovi modelli di lavatrice. Commissione europea, *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale*, cit. (n 20), p. 15-16 e 120-121.

consumano meno elettricità ed acqua. I modelli più efficienti sono più costosi da produrre e, conseguentemente, sono venduti a prezzi superiori rispetto ai modelli meno avanzati. L'eliminazione graduale delle macchine meno efficienti ma più economiche limiterà la scelta delle lavatrici a disposizione dei consumatori e incrementerà il costo medio di acquisto. Di conseguenza, l'accordo tra i produttori potrebbe risultare anticoncorrenziale. Tuttavia, è probabile che il suddetto accordo soddisfi le condizioni di cui all'art. 101, comma 3, TFUE e, pertanto, sia ammissibile nel mercato. In particolare, i consumatori ottengono benefici economici individuali e benefici collettivi ambientali nel lungo termine, quali lavatrici più longeve, costi dell'elettricità e dell'acqua inferiori, e riduzione dell'inquinamento correlato all'uso delle macchine.

È vero che, ai sensi dell'art. 2 del Regolamento (CE) 1/2003, l'autorità amministrativa competente deve provare la violazione dell'art. 101, comma 1, mentre grava sulle imprese l'onere di provare che l'accordo produce i benefici di cui all'art. 101(3). Tuttavia, già l'interpretazione del divieto da parte dell'autorità è subordinata alla valutazione della concreta funzione economica dell'accordo. Di conseguenza, il divieto stesso di cui all'art. 101 TFUE dovrebbe essere applicato *ope legis*²³ e sulla base di un ragionamento unitario di regole ed eccezioni, nonostante l'onere della prova sia distribuito²⁴. In conseguenza di questa applicazione *ope legis*, a parere dell'autore, le autorità potrebbero seguire in futuro un'interpretazione più restrittiva del divieto dell'art. 101, comma 1, nell'ottica di favorire indirettamente gli obiettivi verdi e di contrasto alla povertà energetica.

Un approccio altrettanto "elastico" si potrebbe adottare anche nell'interpretazione e nell'applicazione delle teorie del danno *ex art. 102 TFUE*²⁵ e delle operazioni di

²³ Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, art. 1.

²⁴ Si veda l'analisi approfondita di M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 145-154.

²⁵ *Ibidem*, p. 270-274 e 307; P. IBÁÑEZ COLOMO, *The Shaping of EU Competition Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, p. 29-32.

concentrazione tra imprese²⁶, sebbene la Commissione non abbia messo in evidenza l'allentamento di queste regole nella Comunicazione. Anche in quest'ultimi casi, infatti, la valutazione delle autorità presuppone un'analisi completa del comportamento dell'impresa e dei possibili benefici per il mercato e per gli interessi dei consumatori.

Infine, in riferimento alla revisione sostanziale delle norme sugli aiuti di Stato, tale revisione svolge un ruolo chiave nel promuovere direttamente le innovazioni, quali infrastrutture energetiche e progetti di efficienza energetica, che richiedono investimenti combinati, pubblici e privati²⁷. Analogamente alle già citate iniziative in materia di antitrust e di concentrazioni, la revisione dei regimi di aiuto di Stato intende favorire un'applicazione estesa delle esenzioni²⁸. Infatti, secondo le disposizioni contenute nell'art. 107(2) e 107(3) TFUE, è possibile derogare al divieto di aiuti di Stato previsto dall'art. 107(1) TFUE ogniqualvolta i vantaggi sociali superino gli effetti delle restrizioni alla concorrenza²⁹. In particolare, gli Stati membri, nonché altri soggetti pubblici o privati, in stretta collaborazione con la Commissione, potranno rivolgersi all'art. 107, comma 3, lett. b) TFUE per

²⁶ Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (Regolamento comunitario sulle concentrazioni), considerando 29 e art. 2(1); P. IBÁÑEZ COLOMO *op. cit.* (n 25), p. 29-32.

²⁷ Come ultima modifica si veda, Commissione europea, *Approval of the content of a draft for a Commission Regulation amending Regulation (EU) No 651/2014 declaring certain categories of aid compatible with the internal market in application of Articles 107 and 108 of the Treaty and Regulation (EU) 2022/2473 declaring certain categories of aid to undertakings active in the production, processing and marketing of fishery and aquaculture products compatible with the internal market in application of Articles 107 and 108 of the Treaty*, 9 March 2023, C(2023) 1712 final.

²⁸ Commissione europea, *Allegato della Comunicazione "Una politica della concorrenza pronta a nuove sfide"*, *cit.* (n 19), p. 3-7.

²⁹ A titolo esemplificativo si veda la Sesta modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato e la Modifica del Regolamento (UE) n. 651/2014 che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno alla luce del MFF, i quali consentono interventi di sostegno combinati per garantire la transizione verde e favorire i progetti di efficienza energetica. Commissione, *Sesta modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza da COVID-19 e modifica dell'allegato della comunicazione della Commissione agli Stati membri sull'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea all'assicurazione del credito all'esportazione a breve termine (2021/C 473/01)*; Regolamento (UE) 2021/1237 della Commissione del 23 luglio 2021 recante modifica del Regolamento (UE) n. 651/2014 che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato, considerando 14, art. 1(3), art. 1(20) e art. 1(21).

l'esecuzione di importanti progetti di comune interesse europeo (IPCEI) sotto forma di progetti multinazionali³⁰. Per effetto di questa interpretazione ed applicazione complessiva dell'art. 107 TFUE, le risorse pubbliche e private potranno essere combinate per finanziare infrastrutture che siano maggiormente sostenibili ed efficienti a livello energetico³¹.

Alla luce di quanto sopra esposto, il nuovo approccio concorrenziale promosso dalla Commissione sembrerebbe implicare un equilibrio dinamico di regole ed eccezioni al fine di favorire gli obiettivi delle transizioni. D'altra parte, questo sostanziale equilibrio dinamico rischia di frammentare il diritto della concorrenza e aumentare l'incertezza giuridica a danno degli operatori privati e pubblici³². È necessario, pertanto, individuare delle adeguate tutele in grado di ridurre al minimo le restrizioni alla concorrenza, e garantire che i benefici riequilibranti siano condivisi senza discriminazioni in tutta l'Unione.

3. Il grado di (de)centralizzazione del *public enforcement* per assicurare il bilanciamento dinamico sostanziale

Considerato il rischio di applicazione frammentata e incerta delle regole della concorrenza, accresciuto dal nuovo bilanciamento sostanziale richiesto dalla Commissione, è necessario individuare o predisporre adeguate garanzie al sistema concorrenziale.

Le suddette garanzie possono essere rintracciate nei meccanismi procedurali, piuttosto che in regole sostanziali rigide e inflessibili che arrestino l'equilibrio dinamico richiesto. Per esempio, potrebbe essere utile istituire dei gruppi di lavoro sulle transizioni, sviluppare lo scambio di informazioni tra i vari uffici, estendere

³⁰ Commissione europea, *Proposal for a Decision of the European Parliament and of the Council establishing the 2030 Policy Programme Path to the Digital Decade*, (Path to the Digital Decade) COM (2021) 574 final, artt. 3(2), 12 e 13.

³¹ Si consideri per esempio il caso delle infrastrutture digitali secondo quanto indicato dalla Commissione europea, *Path to the Digital Decade cit.* (n 30), art. 2, lett. f.

³² Una conclusione simile è offerta per descrivere le risposte alla pandemia di COVID-19 e il relativo rischio di coerenza a livello nazionale in S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Laterza, Bari, 2021, p. 203-207.

L'adozione di misure cautelari o di impegni concordati con gli operatori economici³³. Tuttavia, per garantire uniformità e certezza del diritto alle sfide sostanziali delle transizioni, occorre innanzitutto chiarire la seconda tensione in atto, relativa al grado di centralizzazione dei nuovi meccanismi di *public enforcement*.

A seguito dell'entrata in vigore del Regolamento (CE) 1/2003, le norme antitrust dell'UE sono state applicate dalla Commissione e dalle autorità nazionali della concorrenza in un sistema multilivello di *public enforcement*. In particolare, l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE è stata decentralizzata alle autorità nazionali³⁴ ed il potere esclusivo della Commissione di concedere le esenzioni individuali agli accordi anticoncorrenziali è stato abolito³⁵. Ciò significa che le imprese devono oggi valutare da sé gli effetti restrittivi della concorrenza e i vantaggi sociali che derivano dai loro accordi e dalle loro condotte, mentre le autorità amministrative indipendenti nazionali condividono la responsabilità di applicare efficacemente gli articoli dei Trattati con la Commissione³⁶.

Inoltre, è opportuno ricordare che le disposizioni dell'UE sulle concentrazioni³⁷ e le norme sugli aiuti di Stato³⁸ non sono *prima facie* direttamente applicabili, e che la Commissione ha mantenuto il potere centralizzato di stabilire se le concentrazioni di dimensione europea e gli aiuti di Stato siano compatibili con il Mercato unico.

³³ In riferimento alle procedure di adozione di misure cautelari e di accettazione di impegni si veda la Legge 10 ottobre 1990, n. 287 - Norme per la tutela della concorrenza e del mercato, artt. 14-bis e 14-ter. Inoltre, si veda pure il Regolamento (CE) n. 1/2003, considerando 13, 15 e 16, nonché l'art. 5.

³⁴ Regolamento (CE) n. 1/2003, art. 5.

³⁵ L'articolo 1 del Regolamento 1/2003 ha reso le eccezioni di cui all'art. 101, comma 3, TFUE direttamente applicabili dalle autorità nazionali. Si veda R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, IX ed., Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 174-175.

³⁶ D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law*, IV ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2019, p. 900-903.

³⁷ Ai sensi degli articoli 1 e 4 del Regolamento (CE) 139/2004, le operazioni di concentrazione di dimensione europea devono essere notificate alla Commissione. Esse sono investigate dalla Commissione e non dalle autorità degli Stati membri, in linea con il principio del *one-stop merger control*. R. WHISH, D. BAILEY, *op. cit.* (n 35), p. 852-853.

³⁸ L'articolo 108(3) TFUE prevede che qualsiasi progetto di concessione o modifica di aiuti di Stato sia notificato alla Commissione dallo Stato membro interessato. I poteri della Commissione in relazione al controllo degli aiuti di Stato sono generalmente stabiliti nel Regolamento 2015/1589 del Consiglio e nel Regolamento 794/2004 della Commissione. R. WHISH, D. BAILEY, *op. cit.* (n 35), p. 252-254.

Tuttavia, a seguito di un processo di "modernizzazione" delle rispettive procedure di applicazione, gli Stati membri³⁹ sono oggi chiamati a verificare le condizioni per le esenzioni anche senza previa notifica alla Commissione⁴⁰. Pertanto, anche i meccanismi di controllo delle operazioni di concentrazione e degli aiuti di Stato sono caratterizzati da sistemi multilivello, che dovrebbero garantire uniformità e certezza del diritto al discusso equilibrio dinamico di regole ed eccezioni.

Il passaggio da modelli di applicazione centralizzati a modelli decentralizzati ha consentito alla Commissione di concentrare le proprie attività di esecuzione sui casi che presentano le maggiori preoccupazioni per la concorrenza. Allo stesso tempo, in riferimento a tutti gli altri casi di concorrenza, la modernizzazione ha richiesto agli Stati membri maggiori interventi e alla Commissione un maggiore controllo della coerenza applicativa⁴¹. È chiaro che gli obiettivi delle transizioni e di contrasto alla povertà energetica daranno luogo a valutazioni impegnative, diffuse su entrambi i livelli (nazionale ed europeo) di *enforcement* della concorrenza; nella Comunicazione della Commissione non è chiaro invece quale grado di centralizzazione possa soddisfare in modo ottimale i requisiti di uniformità e certezza del diritto della concorrenza, posti a rischio dalle misure di efficientamento energetico⁴².

Con il presente scritto si intende sostenere che l'efficace funzionamento delle procedure decentralizzate per contrastare la povertà energetica, senza causare frammentazione e incertezza giuridica nell'Unione, non dovrebbe essere dato per

³⁹ Nel presente paragrafo l'espressione "Stati membri" è usata in riferimento a tutti gli organi nazionali incaricati dell'applicazione delle norme sulle concentrazioni e sugli aiuti di Stato, comprese le autorità nazionali della concorrenza.

⁴⁰ Si vedano gli articoli 4(4) e 9 del Regolamento (CE) 139/2004, nonché il Regolamento della Commissione 651/2014 (GBER) e i diversi orientamenti a supporto del processo di modernizzazione. La Commissione ha riconosciuto che la maggior parte degli aiuti concessi alle imprese si basa su schemi precedentemente approvati o su regolamenti di esenzione per categoria. Di conseguenza, la maggior parte degli aiuti di Stato sono implementati tramite canali leciti ma che non richiedono una notifica preventiva alla Commissione. Cfr. Commissione europea, *Staff Working Document Accompanying the document Report on Competition Policy 2017*, SWD (2018) 349 final, p. 34-35.

⁴¹ See R. WHISH, D. BAILEY, *op. cit.* (n 35), p. 298-300; D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *op. cit.* (n 36), p. 903-904 and 998-1000; B. NASCIMBENE, A. DI PASCALE, *The Modernisation of State Aid for Economic and Social Development*, Springer, Svizzera, 2018, p. 19-20.

⁴² Commissione europea, *Una politica della concorrenza pronta a nuove sfide*, *cit.*, p. 20-21.

scontato. Infatti, il mero obbligo di rispettare le disposizioni dei Trattati e il dovere di leale cooperazione *ex art. 4(3) TUE* sono stati finora insufficienti a garantire una coerente applicazione dell'equilibrio dinamico delle regole della concorrenza⁴³. Gli approcci seguiti dalle autorità nazionali della concorrenza (ANC) nell'applicazione dell'articolo 101, comma 3, possono essere approssimativamente suddivisi in tre gruppi: ANC che hanno seguito l'approccio della Commissione e hanno limitato l'applicazione delle eccezioni ai benefici economici diretti (es. le autorità del Regno Unito e dell'Ungheria); ANC che hanno valutato anche benefici indiretti e non economici (es. le autorità francesi e olandesi); e ANC che hanno adottato un approccio intermedio (es. l'autorità tedesca)⁴⁴. Questo risultato deriva dal fatto che le decisioni delle autorità nazionali sull'applicazione delle eccezioni non sono vincolanti né per la Commissione né per le altre autorità nazionali⁴⁵. Solo la Commissione, infatti, può adottare decisioni vincolanti sulle eccezioni che dichiarino una condotta compatibile con i Trattati a causa di benefici controbilanciati⁴⁶. Nella misura in cui un garante nazionale può assumere solo decisioni non vincolanti, e di conseguenza le altre autorità nazionali possono giungere a conclusioni contrarie, l'applicazione decentrata rischia di frammentare e rendere incerte le regole della concorrenza.

Al fine di fronteggiare tali rischi, la Commissione propone di incrementare l'utilizzo di misure amministrative dall'alto verso il basso (*top-down*), vale a dire comunicazioni, linee guida e regolamenti di esenzione per categoria, per orientare le autorità nazionali e le parti interessate verso le transizioni⁴⁷.

Innanzitutto, è necessario sottolineare che le comunicazioni e le linee guida sono strumenti di *soft law*. Questi strumenti saranno sicuramente utili alle autorità

⁴³ Per un'analisi empirica degli approcci divergenti delle autorità nazionali garanti della concorrenza cfr. O. BROOK, *Struggling With Article 101(3) TFEU: Diverging Approaches Of The Commission, EU Courts, And Five Competition Authorities*, *Common Market Law Review*, 2019, p. 121.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Case C-375/09 *Tele2 Polska* [2011] ECLI:EU:C:2011:270, par. 21-30.

⁴⁶ Cfr. Regolamento (CE) 1/2003, art. 10; Regolamento (CE) 139/2004, art. 8; Regolamento 651/2014 della Commissione (GBER), art. 10.

⁴⁷ Commissione europea, *Allegato della Comunicazione "Una politica della concorrenza pronta a nuove sfide"*, cit. (n 17), p. 1-7.

nazionali e alle imprese, in quanto espressione delle modalità attraverso cui la Commissione gestirebbe il sostanziale equilibrio dinamico. Tuttavia, considerata la loro natura non vincolante, i suddetti strumenti non obbligano le autorità nazionali a rispettarne il contenuto. Di conseguenza, pur stimolando in qualche modo la convergenza volontaria agli orientamenti della Commissione, tali strumenti non eliminano il rischio di un'applicazione frammentata delle regole⁴⁸. In particolare, il suddetto rischio sarà rafforzato dalla generale diffusione di valutazioni che tengano conto di pratiche innovative, diversamente connotate in relazione alle peculiarità e alle diversità territoriali, volte a contrastare un fenomeno locale, quale la povertà energetica⁴⁹.

A differenza delle comunicazioni e delle linee guida, i regolamenti sulle esenzioni per categoria sono strumenti di *hard law*. Essi stabiliscono *ex ante* quali categorie di accordi e di aiuti di Stato, compatibili con determinati criteri predefiniti, meritano di essere direttamente esentate dall'applicazione delle regole della concorrenza, senza alcuna previa notifica alla Commissione. Questi strumenti faciliteranno sicuramente l'erogazione di aiuti di Stato volti a fornire il sostegno necessario alla realizzazione degli obiettivi di contrasto alla povertà energetica. Tuttavia, a parere dell'autore, anche l'adozione di regolamenti di esenzione per categoria a favore delle misure di contrasto alla povertà energetica presenterebbe alcuni svantaggi. In primo luogo, non viene meno l'alto rischio di *straitjacket effect* ("effetto camicia di forza")⁵⁰: le imprese potrebbero infatti strutturare i loro accordi secondo i termini stabiliti dal regolamento di esenzione, distorcendo i loro veri interessi commerciali. In secondo luogo, gli obiettivi di contrasto alla povertà energetica richiedono soluzioni dinamiche, aperte e commisurate al caso concreto, considerato il loro

⁴⁸ Cfr. I. LIANOS, D. GERADIN, *Handbook on European Competition Law – Enforcement and Procedure* Edward Elgar, Cheltenham, 2013, p. 578-583.

⁴⁹ European Parliamentary Research Service (EPRS), *Energy Poverty in the EU*, 2022, p. 2 a 5; Energy Poverty Advisory Hub, *Tackling energy poverty through local actions – Inspiring cases from across Europe*, 2021; Commissione europea, Raccomandazione (UE) 2020/1563, *cit.* (n 7), considerando 5 e 7; EU Energy Poverty Observatory (EPOV), *Towards an inclusive energy transition in the European Union: Confronting energy poverty amidst a global crisis*, 2020, p. 10-11; Osservatorio Italiano sulla povertà energetica (OIPE), *Rapporto sullo stato della povertà energetica in Italia*, *cit.* (n 13), p. 9 e 10; Direttiva 2012/27/UE, *cit.* (n 12), art. 3.

⁵⁰ D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *op. cit.* (n 36), p. 901.

carattere fortemente locale, che potrebbero non essere ancora state formulate. Dato che le esenzioni per categoria sono misure regolamentari *ex ante*, queste potrebbero non coprire tali soluzioni, e mettere di conseguenza a repentaglio l'innovazione. Dunque, si potrebbe sostenere che le garanzie procedurali dall'alto verso il basso (*top-down*), proposte dalla Commissione nella Comunicazione sotto esame, potrebbero risultare insufficienti a garantire l'uniformità e la certezza del diritto necessarie all'equilibrio dinamico richiesto per le transizioni e il contrasto alla povertà energetica.

Secondo l'autore, una possibile soluzione agli svantaggi degli strumenti *top-down* è individuabile in un maggiore utilizzo delle garanzie dal basso verso l'alto (*bottom-up*)⁵¹ progettate all'interno della Rete europea della concorrenza (REC)⁵²: all'interno della REC avvengono infatti discussioni regolari tra le autorità nazionali e la Commissione, in merito all'applicazione parallela del diritto europeo della concorrenza e delle norme nazionali⁵³. Di conseguenza, la REC può assumere un ruolo centrale nel garantire una coerente applicazione delle regole della concorrenza per raggiungere gli obiettivi verdi. Più precisamente, la REC può rappresentare il forum adibito al coordinamento, da parte dei garanti nazionali e della Commissione, delle rispettive valutazioni delle regole ed eccezioni ai fini del contrasto alla povertà energetica. Il successo della suddetta rete nel fornire le garanzie adeguate è correlato al suo carattere di sistema amministrativo basato su consultazioni, negoziati e strumenti *bottom-up*. Queste misure rispettano le particolarità nazionali (a differenza di un sistema centralizzato) e ostacolano

⁵¹ Cfr. Commissione, Raccomandazione (UE) 2020/1563 sulla povertà energetica, *cit.* (n 7), considerando da 5 a 7, 11 e 22; OIPE, *Rapporto sullo stato della povertà energetica in Italia*, *cit.* (n 13).

⁵² La REC è una rete a cui partecipano le autorità nazionali della concorrenza e la Commissione, al fine di collaborare strettamente per far convergere le procedure di *enforcement* e per l'apprendimento reciproco. La Commissione svolge un ruolo centrale nella rete per garantire la coerenza dell'applicazione delle regole della concorrenza, in particolare a seguito dell'esame dei progetti di decisione delle autorità nazionali. Sebbene la REC sia stata progettata principalmente come una rete di applicazione delle regole, essa può funzionare anche come rete di elaborazione delle politiche attraverso l'apprendimento reciproco tra le autorità. J. MALINAUSKAITE, *Harmonisation of EU Competition Law Enforcement*, Springer, Svizzera, 2020, p. 126-128; R. WHISH, D. BAILEY, *op. cit.* (n 35), p. 299; I. LIANOS, D. GERADIN, *op. cit.* (n 48), p. 566-569.

⁵³ I. LIANOS, D. GERADIN, *op. cit.* (n 48), 567-568.

l'emergere di divergenze nazionali (a differenza di un modello decentralizzato). Pertanto, la REC potrebbe combinare con successo i vantaggi dei modelli di applicazione centralizzati e decentralizzati⁵⁴, ed emergere così a forum ideale per la risoluzione delle sfide peculiari delle transizioni e della povertà energetica.

4. La necessità di un nuovo “*stare decisis amministrativo*” orientato dal basso

La Commissione non ha approfondito la questione del coordinamento decisionale tra autorità nella Comunicazione esaminata, convinta dell'adeguatezza degli strumenti *top-down* a soddisfare i requisiti di uniformità e certezza del diritto. Contrariamente a tale posizione, in questa sede si ritiene opportuno un esame più esaustivo del coordinamento decisionale, attraverso un'indagine dettagliata delle modalità di funzionamento interno della Rete europea della concorrenza. L'analisi di tale funzionamento interno è imprescindibile ai fini di un potenziale cambio di direzione nella formulazione di orientamenti paralleli e nello sviluppo dell'applicazione delle regole⁵⁵.

Oltre a meccanismi informali di collaborazione esterna, la Rete europea della concorrenza presenta una struttura formale di collaborazione interna fra autorità: i primi consistono in una serie di rapporti informali, tra autorità nazionali della concorrenza, al di fuori della rete⁵⁶; laddove la struttura interna consta di un complesso di livelli gerarchici di interazione, che vanno dalle riunioni dei direttori generali agli incontri dei gruppi di lavoro per materie specifiche⁵⁷.

⁵⁴ C. POTOČNIK-MANZOURI, *The ECN+ Directive: An Example of Decentralised Cooperation to Enforce Competition Law*, 2021, *European Papers*, p. 987.

⁵⁵ Cfr. F. VANTAGGIATO, H. KASSIM & K. WRIGHT, *Internal network structures as opportunity structures: control and effectiveness in the European competition network*, 2020, *Journal of European Public Policy*.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 6-8.

⁵⁷ L'assetto istituzionale interno della REC consta di quattro livelli di interazione: le riunioni dei direttori generali, le sessioni plenarie, i gruppi di lavoro su questioni orizzontali e i gruppi di lavoro su materie settoriali. Le riunioni dei direttori generali consentono di discutere importanti questioni politiche, come la revisione della politica della concorrenza e gli aumenti dei prezzi dell'energia; la sessione plenaria discute questioni orizzontali di interesse comune, come la possibilità dei garanti nazionali della concorrenza di disapplicare le regole statali nel rispetto delle regole di concorrenza dell'UE; i gruppi di lavoro si occupano tanto di questioni orizzontali

In conformità al quadro normativo⁵⁸, le funzioni svolte dalla REC possono essere ripartite nelle seguenti tipologie: raccolta e trasmissione di informazioni, assistenza reciproca, produzione di decisioni⁵⁹. Per quanto concerne le prime due categorie, la rete è caratterizzata da rapporti di equiordinazione tra la Commissione e le autorità nazionali; sul piano relativo all'elaborazione di decisioni, invece, la Commissione conserva un ruolo predominante⁶⁰. La preminenza decisionale della Commissione nei confronti delle autorità nazionali della concorrenza ha assunto negli anni dei connotati simili ad uno "*stare decisis amministrativo*" dall'alto verso il basso⁶¹. Per la precisione, gli atti adottati dalla Commissione non sono vincolanti per le autorità nazionali, ma conservano comunque un forte valore di orientamento interpretativo; di conseguenza, i garanti della concorrenza degli Stati membri difficilmente si discostano dalle decisioni assunte dalla Commissione⁶².

Alla luce dell'eterogeneità e specificità locale delle cause della povertà energetica, e insieme della necessità di risposte dinamiche e territoriali al problema⁶³, la direzione che si intende avanzare è diversa da quella promossa dalla Commissione. Sarebbe infatti opportuno superare il mero affidamento di uniformità e certezza del diritto ad orientamenti *top-down*, e iniziare a riflettere sulla possibilità di ricorrere a strumenti procedurali alternativi, auspicabilmente più efficaci nel garantire la formazione di un nuovo "*stare decisis amministrativo*" proveniente dal basso (*bottom-up*): un valido elemento a supporto di questa variazione di prospettiva

di natura giuridica, economica o procedurale, quanto di questioni relative a settori specifici come l'energia. Cfr. *Ibidem*, p. 6-8; A. OUTHUIJSE & K. CSERES, *Parallel Enforcement and Accountability: The Case of EU Competition Law*, 2017, University of Groningen Faculty of Law Research Paper Series No. 11/2017, p. 12-13.

⁵⁸ La Rete europea della concorrenza è disciplinata dal Regolamento (CE) 1/2003, dalla Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti del 2004, nonché dalla nuova Direttiva (UE) 1/2019 del Parlamento europeo e del Consiglio che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno.

⁵⁹ Regolamento (CE) 1/2003, considerando 15, 16, 17 e 18.

⁶⁰ Cfr. M. D'ALBERTI, *La "rete" europea delle autorità di concorrenza*, p. 12, reperibile al seguente link: <http://www.learlab.it/relazioni/dalberti.pdf>.

⁶¹ *Ibidem*, p. 8.

⁶² Per la ricostruzione di uno "*stare decisis amministrativo*", meramente interpretativo e non vincolante, derivante dall'attività della Commissione si rinvia a M. D'ALBERTI, *op. cit.* (n. 60).

⁶³ Si rinvia alla nota 47.

consiste nel fatto che le autorità nazionali godono sicuramente di una più approfondita e obiettiva conoscenza del funzionamento dei mercati nazionali e locali. Inoltre, un maggiore coinvolgimento delle autorità nazionali nella formazione decisionale della REC, ai fini di un più efficace contrasto alla povertà energetica, non solo rafforzerebbe il ruolo “normativo” della rete⁶⁴, ma avrebbe anche l’effetto di incoraggiare tali autorità a cooperare più attivamente all’individuazione di un comune bilanciamento dinamico tra regole ed eccezioni.

La formazione di decisioni dal basso può inoltre consentire lo sviluppo di soluzioni adeguate al suddetto bilanciamento, traendo beneficio dalla diversità e dal dialogo tra autorità⁶⁵. Al fine di favorire tale dialogo, si suggerisce in questa sede di riflettere sull’opportunità di istituire gruppi di lavoro per le transizioni, ed elaborare nuove modalità di coordinamento decisionale fra le autorità nazionali, nonché di imporre più attentamente obblighi sulla trasmissione di informazioni rivolte non più solo alla Commissione, ma anche alle singole autorità degli Stati membri⁶⁶.

5. Conclusioni

Le risposte europee alla pandemia di COVID-19 hanno avviato un processo di revisione in corso delle regole della concorrenza e delle rispettive procedure di

⁶⁴ In riferimento al ruolo “normativo” della rete si veda D. GERBER, *The Evolution of a European Competition Law Network*, 2005, *Chicaco-Kent College of Law Research Paper*.

⁶⁵ Cfr. G. MONTI, *Independence, Interdependence, and Legitimacy: The EU Commission, National Competition Authorities, and the European Competition Network*, in *Independence and Legitimacy in the Institutional System of the European Union*, 2016, Oxford University Press, p. 205-206.

⁶⁶ Oggigiorno le autorità nazionali hanno la mera facoltà di comunicare l’avvio di indagini alle autorità degli altri Stati membri. Infatti, ai sensi dell’art. 11 del Regolamento (CE) 1/2003, i garanti nazionali della concorrenza sono obbligati a comunicare l’avvio di indagini solo alla Commissione. Tuttavia, l’attuale processo di revisione in corso del diritto della concorrenza ha coinvolto anche il Regolamento 1/2003 e il Regolamento di implementazione 773/2004. La Commissione ha infatti avviato una consultazione pubblica per la revisione della procedura di applicazione delle regole della concorrenza, alla luce dei cambiamenti richiesti dalle transizioni. La revisione in corso potrebbe essere un’ottima occasione per riflettere sulle garanzie procedurali dal basso verso l’alto. Per seguire il processo di revisione in corso si rinvia a: https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2022-antitrust-procedural-rules_en.

applicazione per sostenere le priorità dell'Unione. Più nello specifico, il diritto della concorrenza è stato individuato dalla Commissione come uno strumento complementare alle normative *ex ante* in grado di facilitare le transizioni verde e digitale, e rafforzare la resilienza del mercato unico. Nella Comunicazione della Commissione europea, oggetto di esame in questo scritto, il successo del ruolo complementare del diritto della concorrenza è dovuto alla flessibilità delle relative norme e procedure nonché all'approccio casistico tipico della suddetta disciplina.

Sono state avanzate in questa sede delle riflessioni circa le sfide sostanziali e procedurali poste dal fenomeno della povertà energetica. In effetti, il ruolo complementare esercitato dal diritto della concorrenza nello stimolare, indirettamente e direttamente, il raggiungimento degli obiettivi delle transizioni è caratterizzato da due tensioni, riferite rispettivamente: all'interpretazione e all'applicazione delle regole della concorrenza, nonché al grado di centralizzazione richiesto dei relativi meccanismi di *public enforcement*.

Per contrastare la povertà energetica, le regole della concorrenza dovrebbero essere interpretate e applicate in modo dinamico, aperto e decentralizzato, indagando l'equilibrio tra effetti restrittivi sulla concorrenza e vantaggi controbilanciati. Di conseguenza, le sfide sostanziali dovranno essere affrontate *in primis* dagli operatori privati, e successivamente risolte dalle autorità amministrative nazionali, le quali avranno il compito di rintracciare soluzioni adeguate all'equilibrio dinamico tra regole ed eccezioni. Al contempo, sarà necessario prevenire il rischio di frammentazione e incertezza giuridica in tutta l'Unione, provocato dalle sfide dinamiche sostanziali e dagli approcci nazionali divergenti alle eccezioni delle regole della concorrenza.

Le tutele procedurali sembrano garantire uniformità e certezza del diritto alle discusse valutazioni sostanziali di norme ed eccezioni. Tuttavia, una tensione procedurale tra modelli di applicazione centralizzati e decentralizzati necessita di un chiarimento preliminare, al fine di garantire uniformità e certezza del diritto alle sfide delle transizioni e della povertà energetica. La Commissione ha proposto un uso esteso di misure dall'alto verso il basso (*top-down*) per orientare le parti

interessate e le autorità nazionali durante le transizioni; tuttavia, queste misure si sono già rivelate insufficienti per garantire la coerenza dei modelli di applicazione decentrati delle regole della concorrenza. Pertanto, è opinione dell'autore che sia necessario teorizzare e sviluppare garanzie procedurali parallele dal basso verso l'alto (*bottom-up*) all'interno della rete europea della concorrenza (REC), che tengano conto dell'interesse condiviso dell'intera comunità europea e delle singole particolarità nazionali e locali per le transizioni e il contrasto alla povertà energetica.

dirittifondamentali.it

Prime note sulla dimensione costituzionale della povertà energetica. L'ipotesi di un diritto sociale all'energia.

di

Matteo Greco*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La povertà energetica: un fenomeno complesso e multiforme. – 3. La dimensione costituzionale della povertà energetica. – 4. Il fondamento costituzionale del diritto (sociale) all'energia. – 4.1. Una conferma indiretta dalla giurisprudenza costituzionale. – 5. Il contenuto dell'intervento pubblico a garanzia del diritto sociale all'energia e il ruolo delle *domestic renewables*. – 6. Considerazioni conclusive: il significato del riconoscimento-garanzia del diritto sociale all'energia.

1. Introduzione

In generale, con il termine “povertà energetica”¹ si fa riferimento a quella condizione esistenziale che coinvolge tutti coloro che non riescono a soddisfare adeguatamente il proprio fabbisogno energetico²: una condizione i cui effetti travalicano la sfera individuale per divenire ostacolo al più generale sviluppo della società.

* Dottorando di ricerca in Diritto, Scuola Superiore Sant'Anna Pisa, matteo.greco@santannapisa.it

¹ Nel contesto internazionale la povertà energetica è conosciuta con il termine inglese *energy poverty* o anche *fuel poverty*. Per un'analisi approfondita sulla povertà energetica e sulle strategie di contrasto poste in essere a livello nazionale ed internazionale, in lingua italiana, si veda S. SUPINO - B. VOLTAGGIO, *La povertà energetica. Strumenti per affrontare un problema sociale*, Il Mulino, Bologna, 2018.

² Sono due i tipi di energia di cui ogni essere umano ha direttamente bisogno. Il primo è l'elettricità, indispensabile per l'illuminazione, per le telecomunicazioni, per l'utilizzo delle apparecchiature elettroniche o per la conservazione dei cibi. L'altra tipologia di energia è quella che serve per cucinare (il c.d. *clean cooking*) e per scaldare l'abitazione. Sul punto P. RANCI - M. LEONARDI - L. SUSANI, *Poveri d'energia*, Il Mulino, Bologna, 2016, (versione e-book), cap. II, 6.

Negli ultimi anni, in Italia, la percezione del fenomeno è significativamente accresciuta, soprattutto a causa degli effetti prodotti dallo scoppio del conflitto russo-ucraino³.

Allo stesso tempo, hanno giocato un ruolo determinante anche gli sviluppi occorsi a livello internazionale ed europeo. Basti considerare che l'accesso universale a servizi energetici convenienti, affidabili e moderni figura, oggi, come uno degli obiettivi (il numero 7) dell'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile delle Nazioni Unite⁴. Analogamente, la lotta alla povertà energetica rappresenta già da tempo un aspetto rilevante della politica energetica dell'Unione europea⁵: un aspetto oggi ancora più evidente, in quanto parte del più ampio progetto di transizione ecologica, avviato nel 2019 nei termini di un *New Green Deal*⁶. Su tali basi, il Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima (PNIEC) e la Strategia Energetica Nazionale (SEN) affrontano esplicitamente la questione, integrandola tra i propri obiettivi. Peraltro, il d.l. n. 17 del 2022⁷, da ultimo, prevede anche la predisposizione di un piano per la "Strategia nazionale contro la povertà energetica" che stabilisca obiettivi e misure strutturali di lungo periodo. Nondimeno, l'attenzione dell'ordinamento verso il problema dell'accesso all'energia emerge piuttosto chiaramente anche dalla disciplina settoriale riguardante la tutela del consumatore nei mercati energetici, così come dagli

³ Cfr. D. BEVILACQUA, *La guerra in Ucraina e le fonti energetiche: l'importanza delle politiche ambientali e le soluzioni del Green Deal europeo*, in *RGA Online*, 31/2022.

⁴ Cfr. UN SDG7: *Ensure access to affordable, reliable, sustainable and modern energy for all* <https://www.un.org/sustainabledevelopment/energy/>

⁵ Ad esempio, già l'art. 3, comma 8, della Direttiva 2009/72/CE richiedeva agli Stati membri di adottare "misure adeguate [...] volte a garantire il necessario approvvigionamento di elettricità ai clienti vulnerabili o un sostegno ai miglioramenti in termini di efficienza energetica, al fine di affrontare la povertà energetica ove riscontrata". Più di recente, la Direttiva (UE) 2018/2022 richiede che una parte delle misure rivolte all'efficientamento energetico degli edifici sia attuata in via prioritaria presso le famiglie vulnerabili, comprese quelle che versano in condizioni di povertà energetica.

⁶ Cfr. COM (2019)640 final. Nella prospettiva di attuazione del *Green Deal europeo* si colloca il pacchetto di riforme denominato "Fit for 55%" in cui è prevista l'istituzione del "Fondo sociale per il clima", tra i cui obiettivi vi è anche quello di contrastare la povertà energetica. Per un'analisi critica del suddetto pacchetto di riforme si veda G. CAVALIERI - B. CELATI - S. FRANCA - M. GANDIGLIO - A. R. GERMANI - A. GIORGI - G. SCARANO, *Il «Fit for 55» unpacked: un'analisi multidisciplinare degli strumenti e degli obiettivi delle proposte settoriali per la decarbonizzazione dell'economia europea*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1/2022, 409 ss.

⁷ Nello specifico, si tratta dell'articolo 3 bis del d.l. n. 17 del 2022, modificativo dell'articolo 11 del d.l. n. 210 del 2021.

interventi emergenziali convulsamente susseguirsi nel corso dell'ultimo anno⁸. D'altra parte, non avrebbe potuto essere diversamente, giacché l'accesso ai servizi energetici sembra influenzare in modo determinante il concreto sviluppo della persona, nella duplice dimensione sociale ed individuale, poiché «sebbene l'energia in sé non sia un bisogno umano fondamentale, essa è cruciale per il soddisfacimento di tutti i bisogni umani»⁹.

Tenuto conto, poi, del significativo "peso ecologico" che notoriamente contraddistingue tutte le scelte in materia energetica, le modalità di realizzazione dell'intervento pubblico non possono non risentire anche del condizionamento derivante dalle istanze di tutela ambientale, la cui rilevanza costituzionale è stata riconosciuta, in modo esplicito, dalla recente riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione¹⁰.

Pertanto, messo in evidenza lo "spessore costituzionale" della questione, sorge l'esigenza di comprendere quale possa essere il *sensu* della Costituzione per la povertà energetica, al fine di rinvenire nel testo della Carta riferimenti utili a fondare, e quindi orientare, l'intervento dei pubblici poteri. In questa prospettiva, lo studio dedicherà particolare attenzione all'analisi dell'articolo 43 Cost., unica disposizione della Prima Parte della Carta in cui è fatto esplicito riferimento alle *fonti di energia*, al fine di fornire le basi costituzionali per una lettura *rights-based* del problema dell'accesso ai servizi energetici.

2. La povertà energetica: un fenomeno complesso e multiforme

Al pari della povertà in generale, anche la povertà energetica si configura come un fenomeno complesso e multiforme, difficilmente riconducibile ad una gamma

⁸ Per un'analisi puntuale delle principali misure emergenziali si veda M. G. FANTINI, *La guerra russo-ucraina e l'approvvigionamento dell'energia: una rassegna delle misure contenute nei decreti legge n. 14/2022, n. 17/2022 e n. 21/2022, tra logica emergenziale e prospettive di sostenibilità*, in *Osservatorio AIC*, 1/2023, 24-48.

⁹ Così WEHAB Working Group, *A Framework for Action on Energy*, August 2002, 7, consultabile su https://www.gdrc.org/sustdev/un-desd/wehab_energy.pdf

¹⁰ Il riferimento è alla l. cost. n. 1/2022.

omogenea di situazioni materiali, le quali variano in relazione alle cause da cui traggono origine.

In questo senso, guardare alle circostanze che di fatto conducono ad una tale condizione consente di riconoscere una profonda differenza tra coloro che versano nella materiale impossibilità di accedere a determinati servizi energetici¹¹ e coloro per i quali l'accesso a tali servizi, pur essendo potenzialmente possibile, implica una distrazione di risorse, in termini di spesa o di reddito, superiore ad una certa soglia previamente determinata¹². Si tratta di una distinzione che aiuta ad evidenziare la complessità del fenomeno: nonostante in ambedue i casi si discuta sempre di un problema di "accesso all'energia", l'idea di "accesso" ad essi sottesa muta significativamente.

Nel primo caso, che potremmo definire di povertà energetica "estrema", ciò che viene a mancare sono i presupposti necessari per accedere ai servizi energetici, in ragione delle insufficienti dotazioni infrastrutturali oppure a causa di un più generale e radicato stato di povertà estrema. Così declinato, il fenomeno coinvolge principalmente i c.d. Paesi poveri¹³ come dimostrano i dati del "World Energy Outlook 2022" dell'Agenzia internazionale per l'Energia (IEA), secondo cui, ancora oggi, circa l'80% di coloro che non hanno accesso all'elettricità vive nell'Africa subsahariana¹⁴.

Nel secondo caso, invece, il problema evidentemente non riguarda tanto la mancanza *tout court* di servizi energetici, quanto piuttosto la possibilità concreta di usufruirne. Si tratta del significato che generalmente viene attribuito all'espressione "povertà energetica" nel contesto dell'ordinamento nazionale ed europeo. In

¹¹ Si tratta, in altri termini, della definizione data dalla International Energy Agency (IEA) secondo cui con il termine "povertà energetica" si identificherebbe la mancanza di accesso ai servizi energetici moderni. Questi servizi sono principalmente l'accesso all'elettricità e il *clean cooking*. Sul punto, si veda la sezione dedicate al tema del sito <https://www.iea.org/>.

¹² Per un'ampia e puntuale ricostruzione fenomenologica della povertà energetica si veda P. RANCI - M. LEONARDI - L. SUSANI, op. cit.

¹³ Cfr. K. LI - B. LLOYD - X.-J. LIANG - Y.-M. WEI, *Energy poor or fuel poor: What are the differences?*, in *Energy Policy*, 68/2014, 476-481, ad avviso dei quali, i termini *energy poverty* e *fuel poverty* starebbero ad indicare proprio tale differenza: con il primo si farebbe riferimento all'impossibilità di accesso *tout court* all'energia; si utilizzerebbe il secondo, invece, quando il problema dell'accesso è determinato dall'incapacità di spesa.

¹⁴ Consultabile su: <https://www.iea.org/reports/world-energy-outlook-2022/executive-summary>

questo senso, infatti, il PNIEC italiano definisce la povertà energetica come «la difficoltà ad acquistare un paniere minimo di beni e servizi energetici oppure come la condizione per cui l'accesso ai servizi energetici implica una distrazione di risorse (in termini di spesa o di reddito) superiore a quanto socialmente accettabile»¹⁵. Un fenomeno che solo in Italia, secondo le ultime rilevazioni dell'Osservatorio italiano sulla povertà energetica (Oipe), colpisce, in media, l'8,5% delle famiglie, con percentuali che arrivano fino al 16,7% nelle regioni del sud¹⁶.

In tale prospettiva, infatti, i fattori causali sono molteplici e tendono ad alimentarsi vicendevolmente. In primo luogo, è facile notare come l'emergere del fenomeno sia strettamente connesso a fattori di tipo strettamente economico come l'aumento del prezzo dei prodotti energetici o il basso livello reddituale. Giocano inoltre un ruolo determinate anche fattori di diversa natura come gli scarsi livelli di prestazione energetica degli edifici, le caratteristiche climatiche della zona di residenza, nonché la scarsa cultura sull'utilizzo efficiente dell'energia. Nondimeno, non vanno trascurate le condizioni personali dell'individuo come l'età, lo stato di salute, la composizione del nucleo familiare e gli altri elementi socio-economici che possono senz'altro aggravare la situazione¹⁷.

Tali considerazioni pongono in evidenza anche un ulteriore aspetto problematico, oggetto di importanti studi di carattere econometrico¹⁸, ovvero l'adozione di criteri

¹⁵

Consultabile

su:

https://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/PNIEC_finale_17012020.pdf Per quantificare la povertà energetica in Italia, il PNIEC ha adottato una misura proposta da I. FAIELLA-L. LAVECCHIA, *Energy Poverty in Italy*, in *Politica economica*, 1/2015, 27-76. Tale indicatore si basa sui microdati dell'Indagine sulla spesa delle famiglie prodotta dall'Istat.

¹⁶ Cfr. OIPE, *La povertà energetica nelle Regioni italiane nel 2021*, consultabile su: https://oipeosservatorio.it/wp-content/uploads/2022/12/2022_PE_regioni_2021.pdf. Vale la pena inoltre porre in evidenza come non vi sia un rapporto di necessaria sovrapposizione tra povertà energetica e povertà assoluta. Sul punto, I. FAIELLA - L. LAVECCHIA - M. BORGARELLO, *Questioni di economia e finanza. La povertà energetica in Italia*, in www.bancaditalia.it, ottobre, 240/2014, 12, dimostrano come solo la metà delle famiglie con problemi di povertà energetica sono povere anche in senso assoluto.

¹⁷ Per una disamina puntuale dei diversi fattori causali e delle reciproche interazioni v. S. SUPINO - B. VOLTAGGIO, op. cit., 24-31.

¹⁸ Su tutti, v. il conference paper di A. FEDERICI - A. FIORINI - C. VIOLA, *La povertà energetica nelle regioni italiane. Differenze ed opportunità di sviluppo locale dalle tecnologie di efficienza energetica nel settore residenziale*, 2021, 4, accessibile su <https://www.aisre.it/wp-content/uploads/aisre/60fac968774ad4.28409840/Fiorini.pdf>.

univoci che permettano di misurare la povertà energetica: un passaggio fondamentale per una più corretta individuazione dei soggetti interessati, nell'ottica del processo di *policy making*.

Alla luce di quanto brevemente osservato, dunque, è possibile affermare che la povertà energetica rappresenta una peculiare forma di povertà in grado di incidere in maniera determinante sullo stato di benessere della persona¹⁹, la cui strategia di contrasto richiede un approccio multidimensionale, in grado di integrare politiche energetiche, obiettivi sociali e sfide ambientali.

3. La dimensione costituzionale della povertà energetica

Come argomentato da autorevole dottrina, la povertà è senz'altro «materia costituzionale» poiché «conferma l'esistenza di disuguaglianze nella distribuzione di beni (materiali e immateriali)»²⁰ che ostacolano la dignità e il pieno sviluppo della persona, nella sua duplice dimensione individuale e collettiva²¹. In questa prospettiva, per la Costituzione la povertà sembra rappresentare il *file rouge* che lega assieme tutte quelle situazioni in grado di pregiudicare la concreta attuazione dei principi di uguaglianza e di pari dignità sociale di cui all'articolo 3 Cost., individuabili in quegli *ostacoli di ordine economico e sociale* che la Repubblica è chiamata a rimuovere²². In questo senso, la Costituzione accede ad un'idea di povertà plurale, comprensiva di molteplici forme di bisogno e di fragilità, le quali non si riducono alla sola dimensione economica, né tanto meno alla sola mancanza

¹⁹ Riscaldamento, raffrescamento, illuminazione ed energia per alimentare apparecchi elettronici di varia utilità – oggi più che mai – rappresentano servizi essenziali per garantire l'attuale standard di vita dignitosa

²⁰ Q. CAMERLENGO, *Il senso della Costituzione per la povertà*, in Osservatorio AIC, 1-2/2019, 27.

²¹ Sul tema della lotta alla povertà nell'ordinamento italiano, *ex multis*, v. P. MASALA – E. ROSSI, *Le politiche pubbliche di lotta alla povertà come strumento di tutela dei diritti della persona*, in E. ROSSI (a cura di), *Problemi attuali delle libertà costituzionali*, Plus, Pisa, 2009, 249 ss. M. RUOTOLO, *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri. Alla ricerca dei fondamenti costituzionali del diritto a un'esistenza dignitosa*, in *Rivista di Diritto Pubblico*, 1/2011, 391 ss.; C. FRANCHINI, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020; Q. CAMERLENGO, *Il senso della Costituzione*, cit.; R. FATTIBENE, *Povertà e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.

²² R. FATTIBENE, op. cit., *passim*.

di beni essenziali per la sopravvivenza. Su quest'ultimo aspetto, già Tocqueville – nel suo celebre scritto *“Mémoire sur le paupérisme”* del 1835 – notava come la povertà non possa essere colta in termini assoluti, ma sempre in relazione alle condizioni di vita medie presenti in un determinato contesto sociale, circoscritto nel tempo e nello spazio: non solo la povertà crea disuguaglianze, ma è la presenza di disuguaglianze a creare povertà. Peraltro, una tale concezione è coerente con l'idea di uomo accolta dalla Costituzione, inteso come *homme situé*, inserito cioè nella concretezza del divenire e non aprioristicamente determinato²³.

Pertanto, l'articolo 3 Cost. rappresenta un importante punto di riferimento, in quanto «interviene a diretto riconoscimento di un meccanismo in principio liberatore da tutti quegli impedimenti in grado di incidere»²⁴, a vario titolo, sulla libertà e l'uguaglianza dei cittadini, tra i quali si ritiene possa trovare spazio anche la povertà energetica. Detto altrimenti, anche la disuguaglianza nell'accesso all'energia sembra essere idonea a far sorgere «obblighi o vincoli, anche solo finalistici, a carico di tutte le istituzioni chiamate a realizzare il progetto di trasformazione sociale sotteso al principio di uguaglianza sostanziale»²⁵.

D'altra parte, sarebbe un errore ridurre i rapporti tra società ed energia ai soli aspetti relativi alle esigenze della produzione; in vero, nella società contemporanea i bisogni energetici si trovano a concorrere in modo determinante nel definire l'attuale standard di vita dignitosa, al punto che la mancanza di accesso all'energia finisce per condizionare sensibilmente il concreto godimento di molti diritti fondamentali. Basti pensare a come un adeguato riscaldamento di inverno (o raffrescamento d'estate) possa incidere sulla effettiva realizzazione del diritto alla salute (articolo 32 Cost.) o, ancora, come l'indisponibilità di energia (elettrica, in

²³ Cfr. V. TONDI DELLA MURA, *La solidarietà fra etica ed estetica. Tracce per una ricerca*, in *Rivista AIC*, 1/2010, 2, ad avviso del quale in un'ottica di attenzione «verso un concetto di persona umana inserito nella concretezza del divenire costituzionale e non determinato in modo astrattamente aprioristico»; tale principio, in un certo senso, ha fatto sì che le disuguaglianze diventassero vera e propria «causa di intervento dei poteri pubblici e di partecipazione dei privati. Il tutto, secondo una linea che concorre a favorire l'integrazione delle persone nella vita dello Stato e della comunità sociale».

²⁴ R. FATTIBENE, op. cit., 95.

²⁵ Q. CAMERLENGO, *Il senso della Costituzione*, cit., 27-28.

particolare) possa influenzare l'esercizio del diritto d'informazione e di comunicazione (articolo 21 Cost.) attraverso gli ormai indispensabili dispositivi elettronici, senza considerare le ulteriori ricadute che ciò potrebbe avere anche sulla garanzia del diritto allo studio (articolo 34 Cost.). Da questo punto di vista, è il periodo pandemico ad aver dato maggiormente prova di come tali diritti siano *de facto* "energeticamente condizionati". Ad esempio, se per un verso la didattica a distanza ha permesso di "tenere in vita la scuola, pur nella chiusura delle scuole"²⁶, dall'altro il consequenziale aumento dei consumi energetici²⁷ ha senz'altro rappresentato un significativo *vulnus* per molti utenti finali, traducendosi in una disparità nella fruizione del diritto in questione.

Peraltro, l'accesso all'energia rappresenta una condizione indispensabile per soddisfare adeguatamente i bisogni alimentari, quali la preparazione e la conservazione del cibo. Nondimeno, nell'ottica del c.d. "*capability approach*"²⁸, è stato altresì dimostrato come la povertà energetica costituisca una non trascurabile causa di emarginazione e di esclusione sociale, in ragione della stretta correlazione rilevata tra la capacità relazionale del singolo e la disponibilità di adeguati servizi energetici²⁹. Di conseguenza, oggi più che mai, l'energia sembra potersi considerare uno strumento fondamentale per conseguire l'effettiva realizzazione dei diritti dell'uomo, nella sua dimensione sociale ed individuale.

Da un punto di vista più ampio, infine, tali considerazioni potrebbero parimenti indurre a ritenere che un adeguato accesso ai servizi energetici costituisca una componente essenziale del più generale diritto ad una esistenza dignitosa, le cui basi costituzionali sono state individuate proprio a partire dalle istanze normative

²⁶ M. TROISI, *Il Sistema Nazionale d'Istruzione di fronte alle restrizioni per la pandemia da COVID-19. Molte ombre e qualche luce (da cui ripartire)*, in *Le Regioni*, 4/2020, 790.

²⁷ Cfr. ISTAT, *Consumi energetici delle famiglie - anni 2020-2021*, consultabile su: <https://www.istat.it/it/files//2022/12/Consumi-energetici-famiglie-2020-2021-.pdf>

²⁸ Sul punto, tra tutti, A. SEN, *L'idea di giustizia*, Mondadori, Milano, 2010, secondo cui tale approccio, «diversamente dalle prospettive che si concentrano su utilità e risorse, misura il vantaggio individuale in ragione della capacità che ha la persona di fare quelle cose a cui, per un motivo o per l'altro, assegna un valore».

²⁹ Si fa, in particolare, riferimento allo studio di L. MIDDLEMISS - P. AMBROSIO-ALBALÁ - N. EMMEL, R. GILLARD - J. GILBERTSON - T. HARGREAVES - C. MULLEN - T. RYAN - C. SNELL - A. TOD., *Energy poverty and social relations: a capability approach*, in *Energy Research and Social Science*, 55/2019, 227-235. Cfr. anche G. FRIGO - M. BAUMANN - R. HILLERBRAND, op. cit.

desumibili dagli articoli 2 e 3 Cost.³⁰. Tuttavia, tale diritto, per così dire, *generale* alla “liberazione dal bisogno” tende, il più delle volte, a realizzarsi attraverso diritti sociali *settoriali*, collegati al primo da un rapporto di strumentalità³¹, in ragione dei quali il legislatore è chiamato a predisporre specifici strumenti organizzativi e adeguate risorse finanziarie³². Il che induce ad interrogarsi se l’accesso all’energia possa rappresentare l’oggetto di un autonomo diritto, anche alla luce dei numerosi studi sviluppatasi a livello internazionale sulla costruzione teorica di un diritto sociale all’energia³³. Si tratta di un concetto relativamente nuovo, emerso in risposta alla crescente domanda globale di energia e all’aumento delle disuguaglianze nella distribuzione delle risorse energetiche tra gli Stati e, al loro interno, tra gli individui³⁴. Peraltro, in alcuni ordinamenti nazionali³⁵, il diritto di accedere ad

³⁰ Sul punto V. CASAMASSIMA - E. VIVALDI, *Ius existantiae e politiche di contrasto alla povertà*, in *Quad. cost.*, 2018, 1, 122, per cui gli articoli 2 e 3 Cost., nel delineare un’idea di persona come essere dotato di un’intangibile dignità (sociale), concorrono, insieme agli articoli 36 e 38 Cost., a far emergere un generale diritto alla “liberazione dal bisogno”. Nello stesso senso M. RUOTOLO, *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri*, cit.

³¹ G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3/1981, 32.

³² La giustificazione sostanziale dell’ambizione “emancipante” sottesa a tali disposizioni risiederebbe nello stretto rapporto di strumentalità che le lega al principio di sovranità popolare, in quanto la “partecipazione all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese” rimarrebbe “una vuota promessa” se ciascun individuo non fosse posto nelle condizioni materiali di giovare dei diritti e delle libertà ad esso riconosciuti così come evidenziato da A. DI GIOVINE, M. DOGLIANI, *Dalla democrazia emancipante alla democrazia senza qualità?*, in *Questione Giustizia*, 2/1993, 321-332.

³³ Cfr. *ex multis*, A. J. BRADBROOK - J. G. GARDAM, *Placing access to energy services within a human rights framework*, in *Human Rights Quarterly*, 2/2006, 389-415; G. FRIGO - M. BAUMANN - R. HILLERBRAND, *Energy and the Good Life: Capabilities as the Foundation of the Right to Access Energy Services*, in *Journal of Human Development and Capabilities*, 4/2021; S. CHIAN-WOEI, *A framework for ‘right to energy’ to meet UN SDG7: Policy implications to meet basic human energy needs, eradicate energy poverty, enhance energy justice, and uphold energy democracy*, in *Energy Research & Social Science*, 79/2021.

³⁴ In questa prospettiva, ad esempio, sebbene il SDG7 dell’Agenda 2030 non menzioni espressamente il termine “diritto all’energia”, la sua formulazione testuale suggerisce comunque l’idea che ogni individuo abbia diritto ad accedere a servizi energetici affidabili, sostenibili e moderni, che gli Stati hanno la responsabilità di garantire.

³⁵ È il caso, ad esempio, della Francia, che con la Loi n. 2000-108 ha riconosciuto per la prima volta il diritto all’energia, qualificando l’elettricità come «*produit de première nécessité*».

adeguati servizi energetici è già esplicitamente riconosciuto nei termini di un autonomo diritto sociale³⁶.

4. Il fondamento costituzionale del diritto sociale all'energia

Preliminarmente, è utile notare come il *novum* della Costituzione risieda nella presenza di una fitta trama di norme volte a provvedere a bisogni differenti, specificamente denominati e definiti nella loro consistenza³⁷, legate al principio di uguaglianza sostanziale da un rapporto di mezzo a fine. In altri termini, la Costituzione, prendendo atto della sussistenza di disuguaglianze *di fatto*, formula un programma di trasformazione sociale che trova la sua sintesi dell'articolo 3, comma 2 Cost. e il suo svolgimento nelle disposizioni successive. Si tratta, nello specifico, di quelle disposizioni in cui vengono riconosciuti diritti sociali³⁸, i quali non a caso sono stati opportunamente definiti "diritti all'uguaglianza sostanziale", al fine di sottolinearne la specifica attitudine a trasformare "il bisogno di protezione" in pretesa soggettiva costituzionalmente garantita³⁹.

Alla luce di ciò, muovendo dal dato testuale, a differenza del termine *povertà*, la parola *energia* compare ben due volte nel testo della Costituzione. La disposizione più nota, nonché la più adoperata in sede di controllo di legittimità costituzionale, è senz'altro il terzo comma dell'articolo 117 Cost., dove la questione energetica

³⁶ Va inoltre riconosciuto che anche il Parlamento europeo, con la Risoluzione del 26 maggio 2016, ha richiesto agli Stati membri di concentrarsi "sull'idea che l'accesso all'energia a prezzi accessibili rappresenta un diritto sociale fondamentale".

³⁷ R. FATTIBENE, op. cit., 84.

³⁸ La letteratura sui diritti sociali è sconfinata. Senza alcuna pretesa di esaustività, ci si limita a richiamare: G. CICALA, *Diritti sociali e crisi del diritto soggettivo nel sistema costituzionale italiano*, Jovene, Napoli, 1965; A. BALDASSARRE, (voce) *Diritti sociali*, in *Enc. Giur.*, 1989; M. BENVENUTI, (voce) *Diritti sociali*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Agg., Utet Giuridica, Torino, 2012, 220 ss.; P. CARETTI - G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2005; M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in AA. VV., *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, II, Cedam, Padova, 1995, 97 ss.; M. MAZZIOTTI, (voce) *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 804 ss.; E. ROSSI-E. VIVALDI, (voce) *Diritti sociali*, in *Nuovo dizionario di servizio sociale*, Carocci, Roma, 2021.

³⁹ A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Jovene, Napoli, 1999.

viene affrontata dal punto di vista del riparto delle competenze legislative tra Stato e regioni, attraverso l'inserimento della materia concorrente "*produzione, trasporto e distribuzione dell'energia*"⁴⁰.

Il secondo riferimento, invece, è rintracciabile nell'articolo 43 Cost.⁴¹ che, come noto, insieme agli articoli 41 e 42, costituisce il nucleo duro della disciplina costituzionale riguardante la regolazione pubblica dell'economia. Si tratta, in realtà, di una disposizione storicamente poco utilizzata che negli ultimi decenni, peraltro, ha subito una non indifferente relativizzazione dovuta all'inveramento dei principi del libero mercato promossi dall'ordinamento europeo⁴².

Ad ogni modo, nel contesto di tale disposizione, la gestione delle *fonti di energia*⁴³ costituisce, accanto a quella dei *servizi pubblici essenziali* e delle *situazioni di monopolio naturale*, uno degli elementi tassativamente posti a fondamento del potere di statizzazione e socializzazione delle imprese, o di categorie di imprese, la cui attività riveste *carattere di preminente interesse generale*. In altri termini, l'articolo legittima l'intervento autoritativo dello Stato nella eventualità in cui il privato, con il peso della propria impresa, riesca ad influire in modo determinante su alcuni

⁴⁰ Sul riparto di competenze tra Stato e regioni in materia energetica si veda V. TAMBURRINI, (voce) *Produzione trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*, in G. GUZZETTA - F. S. MARINI - D. MORANA, *Le materie di competenza regionale. Commentario*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2015; J. DI GESÙ, *L'energia*, in S. MANGIAMELI - A. FERRARA - F. TUZI (a cura di), *Il riparto delle competenze nell'esperienza regionale italiana tra materie e politiche pubbliche*, Giuffrè, Milano, 2020, 775 ss.

⁴¹ S riporta il testo integrale dell'articolo 43 Cost.: "*A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale.*"

⁴² Cfr. A. LUCARELLI, *Art. 43*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Utet Giuridica, Torino, 884 ss.

⁴³ Quella di "fonte di energia" è una nozione piuttosto controversa. Tale aspetto è stato lucidamente affrontato da Giuseppe Guarino secondo cui con l'espressione "fonti di energia", nella Costituzione, si fa riferimento a tutto ciò che concorre, in modo diretto o immediato, alla produzione di ciascun tipo di energia. Dal punto di vista costituzionale, quindi, l'espressione fonti di energia ricomprende: le materie prime, le forme di energia che siano trasformate in altre forme, così come gli impianti che producono energia. Sul punto G. GUARINO, *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Giuffrè, Milano, 1962, 223-224.

settori dell'economia, con le conseguenze di ordine politico e sociale che a ciò sono connesse⁴⁴.

Ebbene, nonostante la disposizione si inserisca nel più generale ambito della regolazione dei rapporti tra Stato ed economia, l'articolo 43 Cost. potrebbe rappresentare un utile riferimento da cui ricavare l'autonoma rilevanza costituzionale del diritto sociale (di accesso) all'energia.

Le ragioni di una tale proposta interpretativa sarebbero da rintracciare nel particolare *favor* riconosciuto dalla disposizione verso il settore energetico. Negli altri settori, infatti, le imprese sono qualificate per la loro disciplina giuridica (*servizi pubblici essenziali*) o per la posizione da queste assunta all'interno del mercato (*monopolio naturale*): l'individuazione di tali campi varia storicamente e dipende dalle scelte di politica economica e sociale del legislatore⁴⁵. Le imprese energetiche, invece, sono assoggettate alla disciplina eccezionale prevista dall'articolo 43 Cost. in quanto tali, per il solo fatto di riferirsi alle *fonti di energia*.

Questo elemento non è di poco conto, poiché permette di rilevare la particolare attenzione riservata dalla Costituzione verso tale settore del mercato. Non v'è dubbio che questo interesse discenda, in principio, dalla pacifica constatazione che, in una società industriale, come quella italiana, «la disponibilità di grandi quantità di energia a basso prezzo rappresenta un elemento determinante per lo sviluppo economico»⁴⁶ del Paese. Tuttavia, nell'ottica della Costituzione, lo sviluppo economico non può mai essere un fine in sé, ma rappresenta pur sempre un fattore strumentale al pieno sviluppo della persona. In questo senso, dunque, si potrebbe affermare che i risvolti "sociali" della questione energetica non sono mai del tutto assenti nella penna dei Costituenti, in quanto pienamente ricompresi nei *fini di utilità sociale* che rappresentano il presupposto applicativo della disciplina di cui all'articolo 43 Cost. Infatti, quest'ultimi non sono soltanto quelli connessi al

⁴⁴ F. GALGANO, *Art. 43*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 196, il quale riprende quanto affermato da Corte cost., n. 58/1965.

⁴⁵ Così G. GUARINO, *op. cit.*, 230.

⁴⁶ *Ivi*, 221.

funzionamento del sistema economico, ma anche tutti quelli legati all'inveramento dei principi enunciati dal secondo comma dell'articolo 3 Cost.⁴⁷

In questa prospettiva, il ruolo che oggi, *di fatto*, svolge la possibilità di accedere ad adeguati servizi energetici rispetto al pieno sviluppo della persona pone maggiormente in risalto quella dimensione sociale già presente nel tessuto valoriale sotteso alla disposizione in esame: in questo modo, il *fatto* si fa diritto, entrando a comporre il parametro costituzionale di riferimento e aprendo ad una più chiara qualificazione⁴⁸. Per tale ragione, a parere di chi scrive, l'interpretazione della norma, illuminata dalle istanze normative di cui agli articoli 2 e 3 Cost., potrebbe essere spinta fino a leggerci il riconoscimento di un autonomo diritto sociale all'energia. In questo senso, la disciplina del potere di statizzare o socializzare determinate imprese energetiche sarebbe rivelatrice del giudizio di valore operato dal Costituente sull'attività di produzione e distribuzione dell'energia. Detto altrimenti, la suddetta disciplina rappresenterebbe una forma di tutela costituzionale, sebbene non esclusiva – e oggi tra l'altro non più adoperata – dell'interesse primario a vedere soddisfatto il fabbisogno energetico dei cittadini: interesse per questo qualificabile nei termini di un diritto sociale all'energia.

Inoltre, occorre evidenziare che nel contesto dell'articolo 43 Cost. le fonti di energia figurano in quanto "bene economico", nel senso di bene da impiegare per la produzione di altri beni o servizi⁴⁹. Questo significherebbe che la specifica disciplina ivi prevista offrirebbe una tutela del diritto di accesso all'energia collocata a monte del processo di produzione dei servizi energetici; il che è del tutto comprensibile se si considera la forma di "regime energetico" nota al tempo della Costituente: un regime costruito sul largo impiego di combustibili fossili e di energia idroelettrica, gerarchicamente organizzato e centralizzato, in ragione della

⁴⁷ F. GALGANO, *Art. 43*, op. cit., 196.

⁴⁸ A. RUGGERI, *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2/2016, 6.

⁴⁹ G. CATALDO, *Beni economici appartenenti allo Stato. L'art. 42, comma 1, Cost. come fondamento dell'intervento pubblico nell'economia*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022, 44, ove ampia disamina sul concetto di bene economico nella Costituzione.

non uniforme localizzazione delle relative fonti di energia, il cui sfruttamento richiede ingenti concentrazioni di capitale⁵⁰.

In un simile contesto, si è ritenuto sufficiente, e forse inevitabile, regolare con specifiche norme costituzionali esclusivamente l'uso economico⁵¹ dell'energia, sul presupposto che ulteriori interventi volti a contrastare future situazioni di disuguaglianza eventualmente riguardanti anche l'accesso ai servizi energetici potessero trovare adeguata copertura costituzionale grazie al "cono d'ombra" garantito da altri diritti, come ad esempio il diritto all'assistenza sociale di cui all'articolo 38 Cost., il quale "si connota come attribuzione ai soggetti in stato di bisogno del minimo esistenziale"⁵². Tuttavia, se è vero che «una Costituzione protegge i diritti sociali quando formula norme che individuano beni essenziali per l'esistenza individuale e li assume come oggetti di una tutela specifica»⁵³, ciò non esclude, anzi rafforza, la possibilità di individuare nel combinato disposto degli articoli 2, 3 e 43 Cost. il fondamento costituzionale di un autonomo diritto sociale all'energia; e questo a prescindere dall'applicazione o meno del meccanismo di tutela specificatamente previsto dall'articolo 43 Cost. A maggior ragione, poi, se si tiene conto che i diritti sociali sono *diritti del contesto*, «nel senso che è quest'ultimo, nelle sue molteplici e pluriverse dimensioni, a determinarne nelle diverse epoche storiche tutto il loro percorso [evolutivo], dall'origine rivendicativa all'effettività della garanzia»⁵⁴.

In definitiva, alla luce di quanto osservato, il diritto all'energia sembrerebbe emergere come un "nuovo diritto"⁵⁵, categoria a cui vengono ricondotti tutti quei

⁵⁰ Per una ricostruzione del rapporto tra sistema politico-sociale ed energia si veda l'opera visionaria di J. RIFKIN, *La Terza rivoluzione industriale*, Mondadori, Milano, 2011.

⁵¹ Ovvero ai fini della produzione di altri beni o servizi.

⁵² L. VIOLINI, *Art. 38*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Utet Giuridica, Torino, 2006, 788.

⁵³ B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Giuffrè, Milano, 2001, 189.

⁵⁴ M. BENVENUTI, op. cit., 236. Sul legame fra i principi costituzionali e il "contesto culturale della collettività interessata" si rinvia a V. TONDI DELLA MURA, *Primi rilievi metodologici sui fattori di condizionamento delle riforme*, in *Diritto e Società*, 1/2009, 38-39 e 53.

⁵⁵ Come noto, il riconoscimento di "nuovi diritti" è possibile grazie al "carattere aperto" della fattispecie a cui si riferisce l'articolo 2 Cost.: cfr. sul punto E. ROSSI, *Art. 2*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Utet Giuridica, Torino, 46-47.

diritti che, seppur non espliciti nella formulazione originaria del testo della Costituzione, «si pongono come strumentali al godimento di altri diritti codificati» o che emergono dal combinato disposto di altre disposizioni costituzionali⁵⁶. Essi possono trarre origine anche «dalla individuazione di nuove dimensioni, originariamente non contemplate (in quanto frequentemente non contemplabili)»⁵⁷ al tempo della Costituente. Ciò, ad esempio, è già avvenuto in relazione al diritto all'abitazione di cui all'articolo 47 Cost.⁵⁸ Infatti, nonostante tale articolo non riconosca espressamente alcun diritto sociale all'abitare, la Corte costituzionale ne ha comunque riconosciuto la funzione fondativa affermando che «nel disporre che la Repubblica *“favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione”* [l'articolo 47 Cost.] individua nelle misure volte ad agevolare e, quindi, a render effettivo il diritto delle persone più bisognose ad avere un alloggio in proprietà, una forma di garanzia privilegiata dell'interesse primario ad avere un'abitazione»⁵⁹. Viene precisato inoltre che «il diritto all'abitazione rientra [...] fra i requisiti essenziali caratterizzanti la socialità cui si conforma lo Stato democratico voluto dalla Costituzione»⁶⁰: considerazioni che, per le ragioni sopra esposte, potrebbero valere anche per il diritto all'energia.

Tuttavia, l'espressione viene qui adoperato nel senso indicato da F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, 2, secondo cui la Costituzione italiana «non favorisce l'emersione di diritti nuovi non ricompresi nelle sue previsioni», quanto piuttosto «la enucleazione ed esplicitazione di diritti impliciti, come necessarie o possibili conseguenze dei diritti enumerati; [...] al di là da disposizioni espresse enuncianti diritti, questi [nuovi diritti] possono ben essere costruiti come diritti *strumentali* rispetto agli enumerati, nel senso che senza di essi questi ultimi risulterebbero poco significativi o tutelati; [...] infine, muovendo dall'evoluzione di significato delle disposizioni costituzionali, è possibile rinvenire in esse il fondamento positivo di *diritti per l'innanzi non contemplati* in quanto non (ancora) riconoscibili».

⁵⁶ Così S. SCAGLIARINI, *Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale*, in «Atti del convegno di Trapani dell'8-9 giugno 2012», su www.gruppodipisa.it, 2.

⁵⁷ *Ibidem*

⁵⁸ Sul diritto all'abitazione si vedano, tra tutti, le riflessioni svolte da F. MODUGNO, *op.cit.*, 58. Più recentemente, anche M. MEZZANOTTE, *Quando la casa è un diritto*, in *Forum di Quad. Cost.*, 3-4/2009; G. CATALDO, *Verso l'ossimoro di una tutela elusiva del diritto all'abitazione? Riflessioni a margine di due pronunce della corte costituzionale in materia di edilizia residenziale pubblica*, in *Rivista AIC*, 3/2017.

⁵⁹ Corte cost. n. 217/1988, § 4.2 *cons. dir*

⁶⁰ *Ibidem*

4.1. Una conferma indiretta dalla giurisprudenza costituzionale

Invero, una possibile apertura, per quanto indiretta, al riconoscimento di un diritto sociale all'energia sembrerebbe provenire dalla stessa giurisprudenza costituzionale. Il riferimento è alla nota sentenza n. 10 del 2010⁶¹, avente ad oggetto quelle disposizioni del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112 (convertito in legge 6 agosto 2008 n. 133) con le quali veniva istituita e disciplinata la c.d. *social card*, uno strumento assistenziale, a carattere generale, volto «*al soddisfacimento delle esigenze prioritariamente di natura alimentare e successivamente anche energetiche e sanitarie dei cittadini meno abbienti*» (articolo 81, comma 29). Nello specifico, il caso trae origine dal ricorso presentato da alcune Regioni ad avviso delle quali tale normativa determinava una violazione delle competenze regionali in materia di «politiche sociali», riconducibili all'articolo 117, quarto comma, Cost. La Corte rigetta la questione di costituzionalità, dichiarando che le disposizioni in oggetto sono riconducibili alla materia "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" di cui alla lett. m), articolo 117, secondo comma, Cost. Secondo i giudici della Consulta, le norme «*non si limitano alla mera enunciazione del proposito di destinare risorse per una finalità genericamente indicata. Esse, infatti, prevedono una provvidenza a tutela di un diritto sociale*»⁶², ovvero il «*diritto a conseguire le prestazioni imprescindibili per alleviare situazioni di estremo bisogno*»⁶³. Si tratta, in altri termini, di quello che la dottrina⁶⁴ precedentemente citata ha definito *ius existantiae* o "diritto ad un'esistenza degna", il cui fondamento viene riconosciuto dalla Corte, nel caso di specie, nel combinato disposto degli articoli 2, 3, comma 2, e 38 Cost.

⁶¹ Per un commento della sentenza si veda, *ex multis*: F. PIZZOLATO, *La social card all'esame della Corte costituzionale*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2/2010, 349-360. 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.*, 1/2010, 164 ss.; A. RUGGERI, «*Livelli essenziali*» delle prestazioni relative ai diritti e situazioni di emergenza economica, in *www.forumcostituzionale.it*, 2010.

⁶² Corte cost., n. 10/2010, § 6.2 *cons. dir.*

⁶³ *Ivi*, § 6.4 *cons. dir.*

⁶⁴ V. nota 30.

Ebbene, nonostante la sentenza non faccia esplicito riferimento al diritto sociale all'energia, le motivazioni lasciano chiaramente intendere che, accanto alle esigenze alimentari e sanitarie, anche quelle energetiche concorrono a definire il «*nucleo irrinunciabile della dignità della persona umana*»⁶⁵. Un elemento affatto marginale nel percorso argomentativo della Corte, in quanto presupposto legittimante un intervento legislativo dello Stato fortemente invasivo delle competenze regionali.

D'altronde, la circostanza secondo cui la Corte avrebbe implicitamente riconosciuto che le esigenze energetiche concorrono a definire il contenuto del diritto ad una esistenza degna non si pone affatto in contrasto con l'ipotesi di un autonomo diritto sociale all'energia, in quanto, come si è detto, tra lo *ius existantiae* e gli altri diritti sociali non può che esserci un rapporto di continenza e complementarità. Diversamente, si dovrebbe finire per ammettere che il diritto alla salute (anch'esso rientrando nel raggio di tutela della *social card*) non abbia un'autonoma consistenza, in quanto "assorbito" dal più generale diritto ad una esistenza dignitosa: il che ovviamente suonerebbe assurdo.

5. Il contenuto dell'intervento pubblico a garanzia del diritto sociale all'energia e il ruolo delle *domestic renewables*.

Nell'espressione "diritto all'energia" assume particolare rilievo la pretesa o quantomeno l'interesse del singolo ad accedere ai servizi energetici allorché il mercato presenti delle condizioni socialmente inaccettabili. D'altra parte, l'insufficienza o l'inadeguatezza del mercato a consentire il rapporto dell'individuo con un bene costituzionalmente tutelato rappresenta il presupposto applicativo tipico di ogni diritto sociale⁶⁶; e nel caso di specie il bene costituzionalmente tutelato sarebbe proprio l'energia, nella versione, per così dire, "finale" di servizio energetico. In questo senso, il diritto all'energia manifesterebbe la struttura

⁶⁵ Ivi, § 6.3 *cons. dir.*

⁶⁶ B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali*, cit., 125.

tipicamente pretensiva del diritto sociale, che si concretizza nella pretesa di un *facere* da parte delle istituzioni pubbliche. Il medesimo diritto agirebbe anche in funzione redistributiva, in ragione del suo operare in una direzione prettamente controfattuale rispetto ad un contesto sociale di riferimento che «non consente a molte persone di soddisfare autonomamente i loro bisogni»⁶⁷.

Questo *facere*, oggi, si concretizza principalmente in interventi di carattere monetario volti ad abbassare il costo delle spese energetiche, come i “bonus energia” previsti dalla normativa vigente⁶⁸. Questa tipologia di intervento pubblico, se, per un verso, permette di ridurre l’impatto economico delle spese per l’energia, dall’altro, non sembra determinare un concreto effetto emancipante, in quanto non fa altro che rendere i beneficiari del sussidio sistematicamente dipendenti dall’intervento dello Stato, cadendo, così, nella c.d. “trappola della dipendenza”⁶⁹. In altri termini, misure volte ad incidere esclusivamente sugli aspetti economici della povertà energetica non sembrano idonee a liberare i loro destinatari dal bisogno energetico in sé considerato.

D’altra parte, è pur vero che in un regime energetico fortemente centralizzato, in cui, per i motivi precedentemente esposti, i mezzi di produzione dell’energia non sono tecnicamente accessibili dal singolo, incidere sul costo dei servizi energetici non può che rappresentare l’unica soluzione percorribile.

Tuttavia, la situazione cambia notevolmente di fronte alle possibilità offerte dalle fonti energetiche rinnovabili. Esse, infatti, aprono le porte ad un sistema di produzione energetica decentralizzato, in cui ciascun individuo può essere astrattamente posto nelle condizioni di produrre da sé l’energia di cui ha bisogno, grazie all’utilizzo di impianti di produzione domestica dell’energia, le c.d. *domestic*

⁶⁷ G. PECES-BARBAS MARTINEZ, *Diritti sociali: origine e concetto*, in *Sociologia del Diritto*, 1/2000, 48, per come citato da M. BENVENUTI, op. cit., 224, nt. 59.

⁶⁸ Si fa riferimento, ad esempio, ai bonus sociali per la fornitura elettrica e per il gas, la cui disciplina è prevista nel decreto interministeriale del 28 dicembre 2007.

⁶⁹ Con tale espressione si fa riferimento a quella situazione descritta da M. FERRERA, *Le Trappole del welfare. Uno stato sostenibile per l’Europa del XXI secolo*, Il Mulino, Bologna, 1998, 152, per la quale, a fronte di prestazioni generose e diffuse, c’è il rischio che le persone giudichino tali prestazioni come “spettanze” e che siano disincentivate ad attivarsi per uscire dallo stato di bisogno.

*renewables*⁷⁰. Ciò permette di affrontare il problema dell'accesso all'energia direttamente sul piano del bisogno energetico: si tratterebbe di mettere a punto interventi pubblici in grado di valorizzare la dimensione sociale delle *domestic renewables*, attraverso la promozione delle diverse forme di autoproduzione di energie rinnovabili. Un esempio è il c.d. "reddito energetico", istituito per la prima volta dal Comune di Porto Torres (SS) e poi successivamente introdotta a livello regionale da Puglia, Sardegna e Lazio⁷¹. In estrema sintesi, il reddito energetico consiste nell'erogazione di un finanziamento per l'acquisto e l'installazione di impianti di produzione di energia rinnovabile in favore di utenti in condizioni di fragilità socio-economica, i quali però si impegnano a cedere alla Regione o al Comune che ha erogato il finanziamento gli eventuali crediti maturati dalla vendita dell'energia prodotta e non autoconsumata. Tali somme concorreranno, poi, a rifinanziare la misura⁷². In questa tipologia di interventi gioca un ruolo fondamentale la partecipazione attiva del soggetto destinatario, il quale assume le vesti del *prosumer*, ovvero consumatore (*consumer*) e, allo stesso tempo, produttore di energia (*producer*)⁷³: il che non è affatto in contraddizione con la titolarità del diritto sociale, in quanto la partecipazione impegnata del soggetto costituisce un elemento fondante tali diritti, "come emerge con chiarezza dalla loro strutturazione, almeno nella Costituzione italiana, in termini di diritti-doveri"⁷⁴. Si tratta di una prospettiva che sembra richiamare quella del *welfare generativo*, i cui sostenitori evidenziano come «misure [...] inclusive di forme di attivazione e

⁷⁰Sui vantaggi sociali derivanti dalla diffusione delle *domestic renewables* cfr. P. FAGAN, *The Social Justice and Human Rights Benefits of Domestic Renewable Energy*, in *Advances in Environmental and Engineering Research*, 4/2023.

⁷¹ Puglia e Sardegna hanno istituito il Reddito energetico con due leggi regionali *ad hoc*: legge reg. Puglia n. 42/2019 e l. reg. Sardegna n. 15/2022. Nel Lazio la disciplina è prevista nell'articolo 5 della legge reg. Lazio n. 19/2022 (Disposizioni collegate alla legge di stabilità regionale 2022).

⁷² La presenza di un fondo rotativo rappresenta un tratto caratterizzate qualsiasi forma di reddito energetico.

⁷³ Per una panoramica sulla nozione di *prosumer* nel settore energetico si veda S. B. JACOBS, *The Energy Prosumer*, in *Ecology Law Quarterly*, 43/2016, 519-579; H. VAN SOEST, *The Prosumer in European Energy Law*, in *MarIus*, 2018, 402 ss.; K. CSERES, *The Active Energy Consumer in EU Law*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2/2018, 227 ss.

⁷⁴ E. ALES, *Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell'ordinamento multilivello: una prospettiva giurislavoristica*, in *Giorn. dir. lav. Rel. ind.*, 2015, 459.

responsabilizzazione dei destinatari [...] sono le più coerenti con l'idea costituzionale di persona come essere umano immerso in una rete di relazioni economiche e sociali»⁷⁵.

Peraltro, misure tese a valorizzare la funzione sociale delle *domestic renewables*, hanno anche il pregio di contribuire positivamente al processo di transizione ecologica in atto. Dello stesso segno sono anche le diverse tipologie di detrazioni fiscali per interventi di efficientamento energetico delle abitazioni⁷⁶ o gli incentivi per la costituzione di comunità energetiche che coinvolgano soggetti in condizione di povertà energetica⁷⁷.

La questione non è di poco conto. Infatti, se, per un verso, la presenza di disuguaglianze nell'accesso ai servizi energetici rappresenta una vera e propria causa di intervento dei pubblici poteri, dall'altro, non tutte le modalità di intervento si rivelano compatibili con gli obiettivi della transizione ecologica, primo tra tutti quello della neutralità climatica entro il 2050⁷⁸. Ciò è ancora più rilevante se si considera lo "spessore costituzionale" di tali obiettivi. In vero, il contenuto fondamentale della transizione ecologica sarebbe quello di realizzare un nuovo modello di società, fondato sul riconoscimento dell'interdipendenza tra

⁷⁵ V. CASAMASSIMA - E. VIVALDI, *Ius existentiae*, cit., 123-124. Sul *welfare generativo*, v. E. ROSSI, *Una proposta di legge sul welfare generativo: perché e come*, in *Fondazione Emanuela Zancan, Cittadinanza generativa. La lotta alla povertà. Rapporto 2015*, Il Mulino, Bologna, 119 ss.

⁷⁶ Si fa riferimento, ad esempio, alle diverse tipologie di "ecobonus" previste dall'articolo 14 del d.l. n. 63/2013 o al c.d. "bonus 110" disciplinato dall'articolo 119 del d.l. n. 34/2020 (Decreto Rilancio).

⁷⁷ In particolare, sono numerose le iniziative regionali volte alla promozione delle comunità energetiche rinnovabili, anche in funzione di contrasto alla povertà energetica. Tra queste si segnalano, in particolare, le seguenti leggi regionali: legge reg. Lombardia n. 22/2022; legge reg. Puglia n. 45/2019 (per come da ultimo modificata dall'articolo 30 della legge reg. n. 32/2022); legge reg. Emilia-Romagna n. 5/2022. Per una panoramica generale sulle comunità energetiche si veda, *ex multis*, L. DE ALMEIDA - V. CAPPELLI - N. KLAUSMANN - H. VAN SOEST, *Peer-to-Peer Trading and Energy Community in the Electricity Market – Analysing the Literature on Law and Regulation and Looking Ahead*, EUI Working Paper RSC, 35/2021, 26-34; R. MICCÙ – M. BERNARDI, *Premesse ad uno studio sulle Energy communities: tra governance dell'efficienza energetica e sussidiarietà orizzontale*, in *federalismi.it*, 4/2022, 603 ss.; V. PEPE, *Le "comunità energetiche" come nuovi modelli giuridici di sviluppo sostenibile. Prime note sull'esperienza francese*, in *AmbienteDiritto.it*, 3/2022.

⁷⁸ Obiettivo fissato dal Reg. (UE) 2021/1119.

sistema socio-economico ed ecosistemi⁷⁹: il che sembra cogliere in modo calzate la prospettiva dei rapporti tra sviluppo umano e natura sottesa ai principi di tutela ambientale, introdotti con la recente riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione⁸⁰, dei quali gli obiettivi della transizione ecologica sembrano rappresentare la principale forma di attuazione.

Ebbene, alla luce di ciò, interventi pubblici come i bonus sociali per l'energia elettrica e il gas manifestano un certo grado di incompatibilità rispetto alle istanze di tutela ambientale riconosciute dalla Costituzione, in quanto, incidendo esclusivamente sul costo dell'energia, non tengono conto della relativa fonte di produzione, con il rischio di tradursi in sussidi alle fonti fossili.

Con ciò non si vuole sostenere che interventi di questo tipo siano, di per sé, costituzionalmente illegittimi, quanto piuttosto metterne in luce la loro "insostenibilità" dal punto di vista costituzionale⁸¹. L'uso della categoria della

⁷⁹ Cfr. A. MOLITERNI, *Transizione ecologica, ordine economico e sistema amministrativo*, in *Rivista di Diritti comparati*, 2/2022. Si tratterebbe, inoltre, del modello di sviluppo prefigurato proprio dal *Green Deal europeo* come segnalato da E. CHITI, *Managing the ecological transition of the EU: The European Green Deal as a regulatory process*, in *Common Market Law Review*, 1/2022, 19.

⁸⁰ Più nello specifico, i riferimenti agli *ecosistemi* e alla *biodiversità* aprirebbero ad un'idea di uomo non soltanto *uti socius* rispetto alle formazioni sociali in cui è inserito, ma anche *uti socius naturae*, rispetto ai sistemi viventi nella cui gerarchia ecologica l'umanità è ricompresa, e grazie ai quali la specie umana è in grado di alimentare e sostenere la propria vita". In questa prospettiva, la formula "tutela degli ecosistemi e della biodiversità" assumerebbe il significato di *tutela della vita* nella sua dimensione *esistenziale*, intesa come *sussistenza biologica* dell'uomo: il che rappresenta il presupposto logico, prima ancora che giuridico, per la garanzia del pieno sviluppo della persona umana (la dimensione *espansiva* della vita), fine ultimo dell'intera architettura costituzionale. In questo senso M. MONTEDURO, *La tutela della vita come matrice ordinamentale della tutela dell'ambiente (in senso lato e in senso stretto)*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2/2022. Tra i numerosi contributi a commento della riforma si rinvia a F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in 'negativo'*, in *Dir. econ.*, 1/2022, 15 ss.; M. CECCHETTI, *La riforma degli articoli 9 e 41 Cost.: un'occasione mancata per il futuro delle politiche ambientali?*, in *Quad. cost.*, 2/2022, 351 ss.; R. BIFULCO, *Prmissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, 11/2022; M. PIERRI, *Il limite antropocentrico dello sviluppo sostenibile nella prospettiva del personalismo costituzionale. Riflessioni a margine della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione italiana*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2/2022; G. SANTINI, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Forum di Quad. Cost.*, 2/2021.

⁸¹ Sono numerosi, in dottrina, i riferimenti alla *sostenibilità costituzionale*, tra cui MORRONE, *Lo Stato regionale e l'attuazione dopo la riforma costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2016, 9; E. VIVALDI, *Garanzia dei diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni*, in E. ROSSI (a cura di), *Problemi attuali delle libertà costituzionali*, Pisa, Pisa University Press, 2009, 281 ss.; A. TORRE, *Scozia: devolution, quasi-federalismo, indipendenza?* in *Rivista AIC*, 2/2013, 11, per come citati da Q. CAMERLENGO, *La sostenibilità costituzionale: profili teorici e scenari attuativi*, in *Consulta Online*, 1/2023, 1. Secondo

“sostenibilità costituzionale” permette di rilevare aspetti che la ben più nota categoria della legittimità non sembra in grado di cogliere. Infatti, muovendo da una concezione dinamica della Costituzione, quale progetto di trasformazione sociale, questa nuova categoria consentirebbe di esprimere una valutazione sull’impatto (in prospettiva futura) di una disposizione in termini di erosione e/o di consolidamento dei Principi fondamentali della Costituzione nel loro insieme, senza che ciò si risolva necessariamente in una valutazione di legittimità (nel tempo presente) delle medesime disposizioni⁸².

Pertanto, misure come il reddito energetico o altri interventi volti a incentivare l’efficienza energetica delle abitazioni di soggetti vulnerabili sembrano offrire una risposta al problema della povertà energetica maggiormente sostenibile dal punto di vista costituzionale, dimostrandosi funzionali al raggiungimento degli obiettivi di decarbonizzazione e diffusione delle fonti energetiche rinnovabili fissati a livello nazionale ed europeo.

6. Considerazioni conclusive: il significato del riconoscimento-garanzia del diritto sociale all’energia.

Inquadrare l’accesso ai servizi energetici nei termini di un diritto sociale costituzionalmente garantito, in primo luogo, andrebbe a conferire maggiore

quest’ultimo, la categoria della sostenibilità costituzionale riposerebbe sulla considerazione della Costituzione come *fundamental law*, ovvero come base epistemologica di una struttura normativa complessa destinata a funzionare in modo coerente rispetto ai propri principi fondamentali. Da questo punto di vista, non assumerebbe rilevanza tanto il “rispetto” dei suddetti principi (secondo il criterio della legittimità), quanto il loro processo di “inveramento”. Con il termine “inveramento” si allude all’attitudine dei principi fondamentali di stimolare e orientare il processo di trasformazione sociale in modo coerente con le concezioni ideali in essi racchiuse. Sicché, in questa prospettiva, può considerarsi *costituzionalmente sostenibile* un atto o un comportamento che incidere sulle dinamiche sociali in modo coerente con i Principi fondamentali posti alla base dell’ordinamento. All’opposto, può ritenersi *costituzionalmente insostenibile* un atto o comportamento che, seppur immune da vizi di legittimità, determini una tensione tale da inibire o vanificarne l’attitudine dei suddetti principi a guidare il processo di trasformazione sociale secondo le concezioni ideali in essi racchiuse.

⁸² Q. CAMERLENGO, *La sostenibilità costituzionale*, cit., 2.

coerenza sistemica a tutte quelle disposizioni legislative finalizzate a garantire, in vario modo, l'accesso ai servizi energetici a coloro che versano in condizioni di bisogno. Si pensi, ad esempio, a quanto previsto dall'articolo 11, comma 2, del d.lgs. n. 210/2021, ai sensi del quale i fornitori di energia sono obbligati ad offrire ai clienti vulnerabili che ne facciano richiesta l'elettricità «ad un prezzo che rifletta il costo dell'energia nel mercato all'ingrosso». Disposizioni come questa troverebbero nel diritto sociale all'energia la loro *ratio* ispiratrice, nonché un più solido fondamento costituzionale, condiviso, peraltro, con le altre misure di protezione e sostegno, come il reddito energetico, alternative a quelle di fissazione del prezzo.

Ciò comporterebbe, inoltre, che una eventuale omissione del legislatore nel garantire il suddetto diritto si tradurrebbe in una "lacuna assiologica"⁸³, ovvero un vuoto normativo determinato dal mancato invero di una norma-principio gerarchicamente superiore, necessaria affinché il diritto in essa riconosciuto possa concretamente realizzarsi. D'altro canto, ogni diritto costituzionale ha sempre «bisogno del prolungamento e della conformazione legislativa» per essere concretamente esigibile; allo stesso tempo, però, è anche vero che «le scelte legislative *re-agiscono* sui contenuti costituzionali, evidenziando significati aggiuntivi e di chiarificazione della loro portata»⁸⁴, secondo un rapporto di fertile circolarità tra il piano della legislazione e quello della Costituzione.

Riconoscere, dunque, il fondamento costituzionale del diritto sociale all'energia significherebbe circoscrivere lo spazio della politica e quindi assoggettare le scelte legislative in materia ad un possibile sindacato di costituzionalità, volto a garantire l'intangibilità del contenuto essenziale del diritto tutelato, nonché la coerenza complessiva delle opzioni del legislatore con riguardo, in particolare, al *quomodo* e al *quando*⁸⁵. In tal modo, si eviterebbe che il diritto all'energia possa essere inteso

⁸³ R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, 244.

⁸⁴ A. D'ALOIA, *Diritti e stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 6/2003, 1103.

⁸⁵ B. PEZZINI, op. cit., 200. Riconoscere un diritto sociale «non consente da parte di quest'ultimo [il legislatore] diminuzioni di tutela, passi all'indietro, mutamenti di valutazione, e soprattutto, come diritto inviolabile della persona, esige che il bilanciamento tra interessi e valori contrapposti effettuato dal legislatore, sia soggetto al controllo di costituzionalità»: F. MODUGNO, op. cit., 69.

quale mero interesse legislativamente protetto, sottraendone la tutela alle mutevoli e contingenti volontà politiche. Peraltro, ciò comporterebbe anche la necessità di riconsiderare, o per lo meno ricalibrare, su basi differenti, quell'orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui l'energia sarebbe «un bene non indispensabile alla vita [...] semmai idoneo a procurarsi agi ed opportunità che fuoriescono dal concetto di incoercibile necessità»⁸⁶, che ove generalizzato avrebbe conseguenze addirittura paradossali oltre che costituzionalmente “insostenibili”. Nondimeno, definire a livello normativo quando una famiglia o un individuo versi in uno stato di povertà energetica non si ridurrebbe ad un mero esercizio classificatorio, ma potrebbe essere utile ad individuare i titolari delle prestazioni concernenti il diritto sociale all'energia⁸⁷.

Per quanto riguarda, infine, le modalità di soddisfazione di tale diritto, si è potuto osservare come i meccanismi di tutela incentrati su sistemi meramente assistenziali rischino di “intrappolare”⁸⁸ i destinatari dei sussidi nella loro situazione di bisogno, rivelandosi, così, soluzioni economicamente insostenibili. Peraltro, interventi di questo tipo avrebbero l'effetto di disincentivare gli utenti ad adottare soluzioni che gli permetterebbero di soddisfare autonomamente il proprio fabbisogno energetico, sfruttando le opportunità offerte dalle *domestic renewables*, con ulteriori, e non trascurabili, effetti negativi sul piano del percorso nazionale di transizione ecologica ed energetica.

⁸⁶ Cass., sez. F n. 39887/2017.

⁸⁷ Potrebbe essere letta in questi termini la definizione di “*cliente vulnerabile in condizioni di povertà energetica*” contenuta nell'art. 11, comma 1, del d.lgs. n. 210/2021, in cui vengono presi in considerazione diversi fattori tra loro eterogenei, come le condizioni economiche, lo stato di salute o l'età. Tuttavia, questa non rappresenta una definizione ufficiale della povertà energetica. La medesima disposizione (al comma 6), infatti, affida all'Osservatorio nazionale della povertà energetica, organo collegiale istituito presso il Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica, il compito di elaborare i criteri per l'individuazione del numero di famiglie che si trovino in una situazione di povertà energetica, oltre a dover monitorare il fenomeno a livello nazionale e proporre al Ministero misure di contrasto.

⁸⁸ Il riferimento è, ancora una volta, alla suggestiva ed efficace immagine delle “trappole del welfare” di M. FERRERA, *Le trappole del welfare*, cit.

Il (non)costituzionalismo del bene comune: con Dworkin, ma contro Dworkin.

di
Andrea Romeo*

Sommario: 1. Un'occasione per riflettere: cosa c'entra la sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health* con il *Common Good Constitutionalism*? – 2. Alla ricerca del bene comune: risvolti costituzionali di una tradizione classica – 3. Una moralità legislativa – 4. I diritti soggettivi non sono *trumps* – 5. Chi è il custode del bene comune? – 6. Quale posto per la Democrazia? – 7. Brevi considerazioni finali: un costituzionalismo con la c piccola.

1. Un'occasione per riflettere: cosa c'entra la sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health* con il *Common Good Constitutionalism*?

La ormai storica *Dobbs v. Jackson Women's Health* del 2022¹, ribaltando la *Roe v. Wade* – ossia la storica pronuncia del 1973 che sulla scorta di una certa lettura del XIV emendamento della Costituzione americana aveva riconosciuto il diritto costituzionale all'aborto² – non soltanto ha rimesso il tema dell'aborto al centro del dibattito – nel quale nondimeno non aveva mai assunto posizioni davvero periferiche – ma pure dato la stura a nuove costellazioni di polemiche teoriche e rinfocolato vecchie discussioni. Per ricordarne qualcuna si pensi al dibattito sul modello corretto per l'interpretazione, e applicazione, delle norme costituzionali; ovvero, ancora, al dibattito sulla scelta del paradigma di *judicial review* da seguire –

* Ricercatore di filosofia del diritto presso l'università "Magna Graecia" di Catanzaro.

¹ *Dobbs v. Jackson Women's Health*, No. 19-1392 (2022).

² *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Principi poi riformulati nella successiva ed altrettanto storica *Planned Parenthood o Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992). Per una analisi si veda, tra gli altri, S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, Cedam, 2012.

se sia preferibile, cioè, un sistema di revisione costituzionale “strong”, che preveda ampi margini di intervento ermeneutico e manipolativo al giudice costituzionale, ovvero uno più “weak”, deferente della decisione democratica³. Curiosamente, e forse anche paradossalmente, un zelatore del modello debole di sindacato di costituzionalità, Jeremy Waldron, s’è precipitato a criticare la motivazione *debole* dell’*opinion of the Court* del giudice Alito, l’estensore della motivazione – *debole* perché avrebbe rimesso in discussione quanto stabilito dalla assai *forte* *Roe vs Wade*, negando l’esistenza d’un diritto soggettivo costituzionale all’aborto e rimettendo il riconoscimento di un tale diritto alla determinazione dei parlamenti dei singoli Stati⁴. Ora, nonostante il rispetto dell’autorità politica delle assemblee democratiche sia un *topos* dei fautori del modello debole di sindacato di costituzionalità, Waldron ha criticato con fermezza la *Dobbs* per il suo approdo discutibile, che dimostrerebbe la non affidabilità delle decisioni politiche fondamentali ad un collegio giudiziario⁵. (In sostanza, per Waldron – che in modo un po’ acrobatico difende il merito ma non il metodo della *Roe* – la Costituzione impone che le donne siano protette nel controllo delle proprie capacità riproduttive, almeno fino alla vitalità fetale, e richiede anche il più attento esame delle restrizioni imposte dopo tale periodo⁶. Ma nella *Dobbs* questa linea argomentativa è del tutto rovesciata).

Ora, in un passaggio di quella sentenza, che pare più tradizionalista che propriamente originalista⁷, si legge che la *Due Process Clause* proteggerebbe

³ J. WALDRON, *Denouncing Dobbs and Opposing Judicial Review*, in NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 22-39, 2022, pp. 1-31.

⁴ Soluzione istituzionale, questa, criticata già da Dworkin. Cfr. R. DWORKIN, *Law’s empire*, Fontana, 1986, p. 186.

⁵ J. WALDRON, *Denouncing Dobbs and Opposing Judicial Review*, cit., p. 5. In merito, si veda pure ID., *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*, in *Oxford J. Legal Studies*, 13, 18, 1993, pp. 18-51. Per una replica cfr. A.R. YACOUB, *Changing the Selection Mechanism of US Supreme Court Justices: A Reply to Waldron’s Denouncing Dobbs and Opposing Judicial Review*, 2022, <https://ssrn.com/abstract=4295280> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4295280>.

⁶ Ivi, p. 14.

⁷ Si vedano in proposito M. DEGIROLAMI, *Traditionalism Rising* (August 31, 2022), in *Journal of Contemporary Legal issues* (Forthcoming), liberamente disponibile su <https://ssrn.com/abstract=4205351> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4205351>; e L.B. SOLUM, R.E. BARNETT, *Originalism after Dobbs, Bruen, and Kennedy: The Role of History and Tradition*, in *Northwestern University Law Review*, 118,1, 2023, pp. 1-56. In merito ai diversi modi di declinare l’approccio originalista si vedano, tra gli altri, anche L. ALEXANDER, *Simple-Minded*

sostanzialmente due categorie di diritti: (i) quelli testuali, “espressamente” riconosciuti dalla Costituzione dai primi otto emendamenti, e (ii) quelli «che non sono menzionati da nessuna parte nella Costituzione», la cui origine sarebbe dunque interpretativa⁸. Per verificare se un diritto fondamentale rientri, o no, in questa seconda categoria senza fonte testuale occorre che siano soddisfatti due criteri: (i) uno di *pedigree* storico, ossia che il diritto sia «profondamente radicato nella storia e tradizione»⁹, e l’altro (ii) di tipo funzionale: dimostrare che esso giochi un ruolo essenziale per la concretizzazione di uno «scheme of ordered liberty» della Nazione¹⁰. Per la Corte suprema, insomma, indagini storiche di questo tipo sarebbero essenziali ogniqualvolta al giudice costituzionale si chiede di accertare che una possibile specificazione delle “libertà” – termine connotato da una notevole testura aperta – sia davvero protetta dalla *Due Process Clause*¹¹. E così, «[g]uidata dalla storia e dalla tradizione che mappano le componenti essenziali del concetto di libertà ordinata della Nazione, la Corte ritiene che il Quattordicesimo Emendamento chiaramente non tuteli il diritto all’aborto»¹². Ovviamente l’argomentazione della *Roe*, com’è noto, faceva riferimento al fatto che il diritto d’aborto fosse una estrinsecazione del diritto di *privacy*, inteso come diritto di poter

Originalism, in G. Huscroft, B.W. Miller (a cura di) *The Challenge of Originalism*, Cambridge University Press, 2011. Per un dibattito cfr. *Symposium Essays On Originalism*, in *The Harvard Journal of Law & Public Policy*, 31, 3, 2008, pp. 861-1207.

⁸ *Dobbs v. Jackson Women’s Health*, slip-op., cit., pp. 11-12.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.* Per un’analisi del tradizionalismo ermeneutico cfr. K.T. BARTLETT, *Tradition as Past and Present in Substantive Due Process Analysis*, in *Duke Law Journal*, 62, 2012, pp. 535-578; A. BURATTI, *Egregiously Wrong. Errori e mistificazioni della Corte Suprema nella decisione di disincorporation del diritto delle donne all’interruzione volontaria della gravidanza*, in *Diritticomparati.it*, 14 luglio 2022; S. SCHEFFLER, *Equality and Tradition. Questions of Value in Moral and Political Theory*, OUP, 2010; C. SUNSTEIN, *Is Living Constitutionalism Dead? The Enigma of *Bolling v. Sharpe**, in *Harvard Public Law*, Working Paper No. 22-30, su: <https://ssrn.com/abstract=4192758> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4192758>; M.P. O’ SHEA, *The Concrete Second Amendment: Traditionalist Interpretation and the Right to Keep and Bear Arms*, in *Tex. Rev. L. & Pol.*, 26, 2021, pp. 103-157; A. CANEPA, *Considerazioni a margine della sentenza *Dobbs* della Corte Suprema degli Stati Uniti: c’è spazio per un dibattito non ideologico sull’aborto?*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2022, pp. 393 ss.

¹¹ *Dobbs v. Jackson Women’s Health*, slip op., cit., p. 14. Si veda in merito KT BARTLETT, *Tradition as Past and Present in Substantive Due Process Analysis*, in *Duke Law Journal*, 62, 2012, pp. 535-578.

¹² *Ibid.*, trad. mia.

autonomamente prendere le scelte intime e personali «centrali per la dignità e l'autonomia della persona»¹³. Nondimeno, per superare questa lettura, la *Dobbs* tira fuori dal cilindro la tensione tra la massimizzazione della libertà personale e l'idea dello schema di *ordered liberty*, che pone limiti e definisce il confine tra interessi in competizione. Per i giudici della *Dobbs* (ma si legga soprattutto Alito) il riferimento ad un più generale e ampio diritto costituzionale di *privacy* e di poter definire il proprio “concetto di esistenza” sarebbe un ragionamento viziato da generalizzazione indebita, seguendo il quale si potrebbe sfruttare la testura aperta dei diritti fondamentali di libertà soggettiva per rendere lecito l'uso di droghe o la prostituzione. E dopo aver snocciolato un complesso – e anodino – percorso logico per illustrare le ragioni di un così forte *overruling*¹⁴, emerge infine la questione “morale” dell'aborto, che le precedenti sentenze avevano sottratto, in modo arrogante, ai cittadini e alle istituzioni democratiche¹⁵.
Analizzando la decisione – che invero meriterebbe una ben più profonda analisi¹⁶–, emerge che il modello interpretativo proposto, anche nel costruire il ragionamento

¹³ Si veda *Casey*, 505 U. S., p. 851.

¹⁴ A. SPERTI, *Il diritto all'aborto ed il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe v. Wade*, in *La "Rivista Gruppo di Pisa"*, 3, 2022, pp. 23-36. Fr pure. A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Diritti costituzionali effimeri? L'overruling di «Roe v. Wade»*, in *Il Foro Italiano*, 147, 9, 2022, pp. 432-442; C.R. SUNSTEIN, *Dobbs and the Travails of Due Process Traditionalism*, Harvard Public Law Working Paper No. 22-14, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4145922>. Sull'interpretazione tradizionalista della *Due Process Clause* si veda C.R. SUNSTEIN, *Due Process Traditionalism*, in *Mich. L. Rev.*, 106, 2008, pp 1543-1570.

¹⁵ Ivi, p. 79. Si vedano in proposito le attente riflessioni di M. DANI, *Le aporie del caso Dobbs ed il ruolo della giustizia costituzionale in questioni moralmente controverse*, in *BioLaw Journal*, n. 1, 2023, “Gli Abortion Rights e il costituzionalismo contemporaneo”, n. spec. a cura su L. Busatta, M.P. Iadicicco, B. Liberali, S. Penasa, M. Tomasi, pp. 73-86.

¹⁶ In proposito si vedano, tra gli altri e nel solco d'un dibattito assai ricco di contributi: B. ANDREWS, *No Choice. The Fall of Roe v. Wade and the Fight to Protect the Right to Abortion*, PublicAffairs, London, 2022; V. BARSOTTI, *Not only Dobbs v. Jackson. Abortion laws and private enforcements*, in *DPCE*, 56, 1, 2023; J.L. GROSSMAN, *The End of Roe v. Wade*, in *Verdict. Legal Analysis and Commentary from Justia*, 29 giugno 2022, su <https://balkin.blogspot.com/2022/07/getting-rid-of-fundamental-rights.html>; S. KAMIN, *Katz and Dobbs: Imagining the Fourth Amendment without a Right to Privacy* (July 8, 2022), pp. 1-20, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4156992> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4156992>; L. POLI, *La sentenza della Corte Suprema statunitense in Dobbs v. Jackson: un judicial restraint che viola i diritti fondamentali delle donne*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 16, 3, 2022, pp. 659-673; G. ROMEO, *Dobbs v. Jackson: l'ultima trasformazione dell'originalismo passa dal corpo delle donne*, in *BioLaw Journal. Rivista di Biodiritto*, 15, num. spec. a cura su L. Busatta, M.P. Iadicicco, B. Liberali, S. Penasa, M. Tomasi, “Gli Abortion Rights e il costituzionalismo contemporaneo”, 2023, pp.

che supporta l'*overruling* dei precedenti, è più storicista che propriamente originalista¹⁷. Nondimeno pare anche ammiccare indirettamente ad una recente (ma stantia) proposta teorica, definita *Common-Good Constitutionalism*, e avanzata soprattutto da Adrian Vermeule¹⁸. Non è un caso che lo stesso Vermeule, pur comunque criticando alcuni passaggi originalisti del ragionamento di Alito (ma non quelli tradizionalisti), in un post sul blog *Ius & Iustitium* abbia celebrato trionfalmente la decisione¹⁹, proponendone anche una rilettura alla luce del CGC. Per il costituzionalista neoconservatore quella decisione andrebbe infatti letta oltre uno stretto originalismo e testualismo positivista, di modo da distillarne il principio normativo guida che dovrebbe condurre gli *official* a massimizzare la protezione della vita, precludendo «the intentional killing of the unborn»²⁰. L'argomento è frusto, ma semplice: «sebbene il diritto classicamente lasci ampio

165-178; L. RONCHETTI, *La decostituzionalizzazione in chiave populista sul corpo delle donne: è la decisione Dobbs a essere «egregiously wrong from the start»*, in *Costituzionalismo.it*, 2,2022, parte I, pp. 32-50; R. SIEGAL, *Memory Games: Dobbs's Originalism as Anti-Democratic Living Constitutionalism – and Some Path-ways for Resistance*, in *Texas Law Review*, 101, (forthcoming 2023), su https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4179622; A. RIDOLFI, *Roe and Casey are overruled». Riflessioni sulla sentenza Dobbs e sul ruolo della Corte Suprema nel sistema costituzionale statunitense*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2023, pp. 1-68.

¹⁷ In merito, parla di «originalism's victory» J.J. ALICEA, *Originalist Victory*, in *City Journal*, 22 June 2022, <https://www.city-journal.org/article/an-originalist-victory>. Vedono, nella decisione Dobbs, una perfetta applicazione della metodologia originalista, tra gli altri, C. CARUSO, *Originalismo e teoria della Costituzione. Una critica a Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, in *Bio law Journal*, 15, 1, 2023, pp. 87-103. Si veda pure, sul punto, E. FALLETTI, *Dobbs v. Jackson: quando la manipolazione della Storia stravolge l'ordinamento giuridico*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3, 2022, pp. 181-195. Si vedano anche, senza pretesa d'eshaustività, S. PENASA, *People have the power! E i corpi e le biografie delle donne? I diversi livelli di rilievo della sentenza Dobbs della Corte Suprema USA*, in *DPCE online*, 3, 2022, p. 1609 ss. E. STRADELLA, *La decostituzionalizzazione del diritto all'aborto negli Stati Uniti: riflessioni a partire da Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3, 2022, p. 196 ss.; E. GRANDE, *Dobbs e le allarmanti implicazioni di un overruling politico in tema di aborto*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 15, 2022, pp. 73-87; R. JOHNSON, *Dobbs v. Jackson and the Revival of the States' Rights Constitution*, in *The Political Quarterly*, n. 4,2022, vol. XCIII, pp. 611-619.

¹⁸ A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, Polity Press, 2022. Vedi pure C. CASEY, A. VERMEULE, *Myths of Common Good Constitutionalism*, in *HARV. J.L. & PUB. POL'Y*, 45, 2022, pp.103-146.

¹⁹ Si legga quanto scritto su A. VERMEULE, *How to read Dobbs*, 25 giugno 2022, <https://iustitium.com/how-to-read-dobbs/>: «Dobbs should, first of all, be celebrated – loudly, and without feeble misgivings about the disappointment of the supporters of abortion rights. It partially (and I stress partially) cured a kind of wound in our constitutional law that had festered over time, infecting and distorting not only substantive constitutional law, but also adjacent and ancillary bodies of law such as standing, procedure and remedies».

²⁰ *Ibid.*

spazio alle autorità pubbliche per inferire ragionevoli determinazioni dei principi fondamentali del diritto naturale, e impone ai tribunali di rimettersi a tali ragionevoli determinazioni, il diritto positivo dovrebbe sempre comunque essere interpretato alla luce dei limiti posti dai principi fondamentali del diritto naturale, che le autorità pubbliche sono deputate ad attuare». Ed allora, assumendo toni sempre più marcatamente finnessiani, «la soppressione intenzionale della vita innocente è un male intrinseco, e quindi necessariamente contrario alla ragione naturale»²¹. La *Dobbs*, sul punto, sarebbe a tratti ambigua e per certi versi pavida, perché solleverebbe il problema morale dell'aborto demandandolo ai parlamenti nazionali, senza nondimeno offrire indicazioni ermeneutiche al riguardo²².

Certo, si potrebbero ignorare le opinioni ultraconservatrici di Vermeule, con il suo continuo flirtare teorico con Finnis, bollandole come affermazioni di mera partigianeria politica, poco utili per una riflessione teorica sui diritti. Nondimeno, il CGC vanta, o almeno promette, un quadro teorico di fondo che, al di là della idiosincrasia che può suscitare nel discorso moderno sui diritti, necessita di essere quantomeno delucidato per poter capire, in qualche modo, di cosa si tratti.

2. Alla ricerca del bene comune: risvolti costituzionali di una tradizione classica.

La concezione del CGC ha suscitato un dibattito più polemico che acceso²³. Per comprendere ed inquadrare le ragioni di quella che appare una sorta di

²¹ *Ibid.*, trad mia.

²² *Ibid.*

²³ Cfr. W. BAUDE, S.E. SACHS, *The "Common-Good" Manifesto*, in *Harvard Law Review*, 136, 3, 2023, pp. 862-906, secondo i quali, pur non chiarendo mai cosa sia davvero il bene comune, Vermeule presenterebbe «a new constitutional manifesto». (Ivi, p. 863). Cfr. in senso critico, J.J. ALICEA, *The Moral Authority of Original Meaning*, in *Notre Dame L. Rev.*, 98,1 2022, pp. 1-60; J.A. POJANOWSKI, K.C. WALSH, *Recovering Classical Legal Constitutionalism: A Critique of Professor Vermeule's New Theory*, in *Notre Dame L. Rev.*, 98, 2022, pp. 403-463; W. H. PRYOR Jr., *Against Living Common Goodism*, in *Federalist Soc'Y Rev.*, 23, 2022, pp. 24-40; G.C. GREEN *Problems With Vermeule, Common Good Constitutionalism* (March 2022), SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4075031> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4075031>; S.D. SMITH, *The*

idiosincrasia accademica è utile cercare di ricostruire i tratti salienti di questa proposta concettuale. L'idea di fondo di questo costituzionalismo – che a conti fatti è una forma di costituzionalismo politico, seppur particolare²⁴ – è che l'interpretazione della legge fondamentale, nel suo darsi come ordine materiale, andrebbe nuovamente informata ai principi della tradizione classica del giusnaturalismo, tesi a dirigere la società in generale verso il raggiungimento di un bene comune²⁵. Del resto, la necessità di adottare un diverso modo di interpretare la Costituzione – spiega Vermeule – sarebbe emersa chiaramente durante l'emergenza pandemica²⁶. Ora, il bene comune di cui discetta Vermeule, è una concezione moralista oggettivista, con celati ammiccamenti cattolici, in base alla quale il metodo del neutro proceduralismo andrebbe rimpiazzato da una concezione sostantiva, un bene comune appunto, alla cui realizzazione deve tendere il diritto e, necessariamente, l'interpretazione della Costituzione. Una volta determinati alcuni principi morali sostanziali, quali specificazioni normative del bene comune, i giudici (ma non solo questi) dovranno attenersi a tali criteri normativi per risolvere il problema della vaghezza semantica di alcune disposizioni normative. Per Vermeule tale teoria va intesa come uno sviluppo delle idee dworkiniane, e segnatamente del suggerimento di procedere ad interpretazioni morali della Costituzione. Rispetto all'*integrity* dworkiniana, però, di cui ne scimmiotta la metodologia ma non il senso – come vedremo più in avanti – il CGC assume, però, valori e obblighi morali assai diversi. Tra questi, campeggia l'idea centrale che la libertà non sia un valore in sé, ma vada protetta solo se in sintonia con lo sviluppo del bene comune. Ed è proprio sul concetto di libertà che si intravede qualche punto di contatto con quell'anfibolico ed ermetico «scheme of

Constitution, The Leviathan, and the Common Good, in *Const. Comment.*, 38, 2023 su <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstractid=4098880> [<https://perma.cc/JHN2-NBZW>].

²⁴ Si veda in proposito M. GOLDONI, *Che cos'è il costituzionalismo politico?*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 10, 2010, pp. 337-360. Cfr., tra gli altri e senza pretesa di esaustività, R. BELLAMY, *Political Constitutionalism*, CUP, 2007. G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Laterza, 2005; M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, 2009.

²⁵ A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, cit., p. 22, e 94, 96, 99, 109, 111 e 116.

²⁶ Ivi, p. 23.

ordered liberty» richiamato dalla *Dobbs* per accertare che il diritto di aborto non è parte del retaggio culturale-giuridico (e forse morale) delle società statunitensi.

La tradizione costituzionale del bene comune ha due avversari storici: la concezione progressista, che tenterebbe di tradurre in termini operativi l'agenda politica liberale massimizzando, oltre misura, l'autonomia individuale, e l'originalismo testualista, declinato nella sua variante più positivista. Quest'ultimo, nondimeno, avrebbe da tempo mostrato i propri limiti ermeneutici, non potendo evitare interpretazioni contestuali allorchè si diano norme costituzionali *open texture*. Il compiaciuto positivismo della concezione originalista – per come la ricostruisce Vermeule – sarebbe allora soltanto illusorio. E questa sostanza evanescente lo accomunerebbe, sul piano effettivo almeno, al progressivismo liberale; entrambe al contraltare della concezione del bene comune²⁷. Ciò non vuole dire che progressivismo e originalismo siano però privi di meriti: il primo, però, esaspera l'idea che il diritto debba evolversi tramite interpretazione adeguatrice del contenuto materiale dei principi costituzionali²⁸; il secondo, invece, limiterebbe l'interpretazione in modo asfittico, senza proporre alcun adeguamento al senso generale del diritto²⁹. Il modello "classico" del CGC passerebbe olímpicamente sopra questi problemi, essendo – si sostiene senza però argomentarlo più di tanto – «positive law without jurisprudential Positivism», diritto positivo senza la teoria del positivismo³⁰.

La proposta ermeneutica, qui, non è quella di partire dal significato "originale" del testo normativo, piuttosto quella di interpretare l'ordinamento costituzionale materiale alla luce dello *ius*, ossia alla luce dei principi di moralità politica coesenziali al diritto³¹. Principi oggettivi, questi, che devono essere semplicemente "trovati" e non certo "creati" convenzionalmente. Ciò non significa che il diritto naturale debba sostituirsi compiutamente al diritto positivo, piuttosto esso servirebbe: sia a costruire il significato del diritto positivo, sia a giustificare le

²⁷ A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, cit., pp. 15-16, e 91 e ss.

²⁸ Ivi, Capitolo IV, pp. 118 e ss.

²⁹ Ivi, p. 18 e 93.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Ivi, p. 19.

azioni dell'autorità politica intraprese in vista del bene comune³². Ovviamente, Vermeule è consapevole che le specificazioni concrete del bene pubblico degli attori politici possono essere fomite di disaccordo; ciò, però, non sarebbe troppo d'ostacolo alla concretizzazione del bene comune, atteso che anche nel discorso di diritto positivo, per la testura aperta di molte disposizioni, si produce costantemente disaccordo ermeneutico.

Rimane nondimeno un po' ermetico cosa sia concretamente questo bene comune, e come possa tradursi in termini operativi³³. Per darne una immagine più delineata, Vermeule utilizza la tecnica degli *antonimi*, intraprendendo la via della definizione negativa. In tal senso, il bene comune sarebbe il contrario del *bene aggregato*, giacché non sarebbe dato dalla somma di utilità private: si pensi allo sport dove la vittoria di squadra non è il risultato della sommatoria delle vittorie dei singoli giocatori³⁴. Il bene comune, da tale prospettiva, appare un bene unitario, ch'è suscettibile di essere condiviso senza subire corrispondenti diminuzioni³⁵. Sarebbe poi antonimo della *tirannia*, quest'ultima intesa come il governare per meri scopi privati. Va però sottolineato che anche l'oligarchia e persino la democrazia, nel loro darsi concreto, potrebbero risultare regimi parziali e quindi non protesi al bene comune (il quale ultimo, lo si vedrà, non ha una speciale predisposizione per la democrazia)³⁶. Del resto, altro antonimo del CGC è quello che Bartolo di Sassoferrato appellava "*governo mostruoso*", ossia un sistema di governo dove si dà confusione tra funzioni pubbliche e private.

Volgendo ora alla caratterizzazione positiva, il bene comune vermeuleano è proteso alla fioritura e alla felicità della comunità attraverso la promozione d'una

³² *Ibid.*.

³³ Si tratta d'una delle critiche più ricorrenti alla proposta di Vermeule. Cfr. per esempio S.S. SMITH, *The Constitution, the Leviathan, and the Common Good*, cit., p. 7.

³⁴ A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, cit., p. 27. Si tratta d'una concezione diametralmente opposta a quella di Murphy, che difende una concezione aggregativa, non utilitarista, del bene comune. Cfr. M.C. MURPHY, *The Common Good*, in *Review of Metaphysics*, 59,1, 2005, pp. 133-164.

³⁵ *Ivi*, p. 28.

³⁶ *Ivi*, p. 29

una «well-ordered life in the polis»³⁷. Ma la felicità di Vermeule non è affatto la felicità individuale del singolo attore politico, e neppure quella comunitaria delle famiglie, ma è una locuzione che denota le condizioni pubbliche per la coltivazione di felicità private³⁸. L'«human flourishing» si fonda sul presupposto trascendentale «che vi sono oggettivamente fini e beni costitutivi dell'umana *eudaimonia* o *felicitas*».³⁹ In questo continuo rimando della comunità ai singoli e dei singoli alla comunità si intravede, però, il germe d'una certa circolarità che rende assai anodino il concetto archimedeo su cui poggia l'edificio di Vermeule⁴⁰.

3. Una moralità legislativa

Nondimeno, è nel rapporto con il diritto che il *Common Good* vermeuleano esprimerebbe appieno la sua fenomenologia; ne sarebbero chiare epifanie le idee di *bonum commune*, di *utilitas rei publicae* o il concetto di interesse pubblico che si ritrova nei moderni testi costituzionali⁴¹. Ma l'espressione forse più paradigmatica è la massima di Ulpiano: “*Turis praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”, che per Vermeule avrebbe influenzato l'interpretazione e addirittura il rinvenimento ermeneutico di molti dei principi utilizzati nella prassi della giurisprudenza americana⁴². Riprendendo il pensiero del suo nume tutelare Finnis, altrove Vermeule afferma che il «focal sense» del

³⁷ Ivi, p. 28. Per una disamina dell'odierno *revival* dell'uso del concetto di fioritura umana nella teoria costituzionale si veda R. WALSH, *Property, Human Flourishing and St. Thomas Aquinas: Assessing a Contemporary Revival*, in *Canadian J.L. & Juris*, 31, 2018, pp. 197 e ss.

³⁸ *Ibid.* Si veda pure A. VERMEULE, *Echoes of the Ius Commune*, in *AM. J. JURIS.*, 66, 1, 2021, pp. 85-95.

³⁹ C. CASEY, A. VERMEULE, *Myths of Common Good Constitutionalism*, cit., p. 114, trad. mia.

⁴⁰ Su questo aspetto Smith fa osservare: «[...] sembra esserci una sorta di frustrante circolarità qui, poiché il luogo del bene o del valore si sposta dagli individui alla comunità, ma poi torna agli individui. Questa apparente circolarità è un segno di incoerenza? Non ne sono sicuro, ma l'idea è almeno sfuggente». S. SMITH, *The Constitution, the Leviathan, and the Common Good*, cit., p. 8, trad. mia

⁴¹ A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, cit., p. 27.

⁴² *Ibidem.*

diritto va colto nell'essere quest'ultimo «razionalmente ordinato al bene comune della comunità politica»⁴³. Il che è trasparente ad affermare che esso deve assicurare i beni fondamentali per la fioritura umana, ossia (e sempre molto finissimamente) «la vita e gli aspetti componenti della sua pienezza: la salute; integrità fisica e il vigore; la sicurezza; la creazione e l'educazione alla nuova vita; l'amicizia nelle sue varie forme che vanno dal buon vicinato al suo senso più ricco nel matrimonio; e il vivere in un sistema politico ben ordinato, pacifico e giusto»⁴⁴. La possibilità di avere il pieno godimento di tali beni consentirebbe «il completamento o il compimento della nostra natura di animali razionali»⁴⁵.

In questo senso, almeno dal punto di vista del giurista, il CGC può essere sintetizzato come: «(i) le condizioni strutturali politiche economiche e sociali che consentono alle comunità di vivere in accordo ai precetti della giustizia legale, con l'aggiunta (ii) che tutte le azioni ufficiali devono essere ordinate a far sì che la comunità si attenga a tali precetti, e con la consapevolezza (iii) che il bene comune non rappresenta la somma di beni individuali, ma è un bene indivisibile di una comunità orientata alla giustizia, appartenente congiuntamente a tutti, e separatamente a ciascuno»⁴⁶. Le condizioni che consentono alla comunità di vivere in accordo all'idea di giustizia permetterebbero allora di definire i fini legittimi di un governo civile. Ma quali sono queste condizioni?

Il nerbo centrale del discorso di Vermeule è dato dalla «ragion di Stato», di boteriana memoria, in base alla quale si sostiene il certo non nuovo teorema secondo cui l'interesse fondamentale dell'autorità politica sarebbe, appunto, quello di promuovere un *bonum commune* finalizzato alla «fioritura di tutte le persone»⁴⁷.

⁴³ C. CASEY, A. VERMUELE, *Myths of Common Good Constitutionalism*, cit., p. 105.

⁴⁴ Ivi, p. 115

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, cit., p. 27. Anche qui si dà una tagliente critica di Smith, che si chiede retoricamente: «davvero la ricchezza o la prosperità materiale è qualcosa che “appartiene[i] congiuntamente a tutti e separatamente a ciascuno” e che può essere condiviso da tutti senza che la porzione di nessuno diminuisca?». S. SMITH, *The Constitution, the Leviathan, and the Common Good*, cit., p. 8, trad. mia

⁴⁷ Ivi, p. 31. Altrove si legge che tale ragion di stato richiede forme di coordinamento autoritario delle persone, delle famiglie e delle associazioni, per far sì che essa sia perseguita in

Ne è un paradigma il *British North American Act*, del 1867, che parla di: *pace, ordine, e buon governo*, ma invero clausole del genere spuntano frequentemente in molti trattati e testi costituzionali: Vermeule ricorda, tra questi, l'art. 9 della Cedu, per il quale, com'è noto, la libertà religiosa può essere oggetto di quelle sole restrizioni necessarie per la protezione dell'*ordine pubblico*, della salute o della *morale pubblica*, oltre che per la protezione dei diritti e della libertà altrui. Da queste clausole generali di restrizione trasparirebbe la tendenziale ancillarità della libertà individuale rispetto all'*ordine pubblico* espressivo del bene comune⁴⁸. Vermeule, nondimeno, tiene a specificare che il "classico" e archimedeo tritico di "giustizia pace e ricchezza" rappresenta, a conti fatti, più un quadro generale che un progetto puntuale: non è una fonte pratica che possa fornire delle risposte puntuali in merito a quale sia il livello opportuno da attuare nella protezione o nel riconoscimento d'un certo diritto soggettivo. Questo è un passaggio centrale: pensare di ottenere delle specifiche risposte a tali questioni controverse muovendo solo dal livello della descrizione analitica del bene comune sarebbe un frusto errore metodologico, seppur comune⁴⁹. Piuttosto, la prima operazione da compiere è quella di specificare teleologicamente quali siano i fini del costituzionalismo, accertando l'esistenza di valori finalizzati alla fioritura della comunità politica, e soltanto successivamente applicare questi fini generali a dei casi particolari, con le lenti della teoria del diritto, attraverso ulteriori specificazioni contestualizzate del bene pubblico⁵⁰.

Si giunge a questo punto ad uno sforzo definitorio di ciò che si intende per *costituzionalismo del bene comune*. Questo è concepito come una forma di costituzionalismo, essenzialmente politico, che promana dalla tradizione classica di diritto naturale, che non è schiavo del significato testuale originario, come invece sostengono gli originalisti positivisti, e che al contempo rigetta la narrazione

modo efficace e armonioso, e non in modo caotico e disordinato». C. CASEY, A. VERMUELE, *Myths of Common Good Constitutionalism*, cit., p. 116, trad. mia

⁴⁸ Ivi, p. 32. In senso critico vedi J.A. POJANOWSKI, K.C. WALSH, *Recovering Classical Legal Constitutionalism*, cit., p. 421.

⁴⁹ Ivi, p. 36.

⁵⁰ *Ibid.*

progressista che celebra l'espansione senza fine dell'autonomia individuale⁵¹. Assumere il prisma del costituzionalismo del *Common Good* significa interpretare le clausole costituzionali di modo da consentire alle autorità pubbliche di promuovere fattivamente lo sviluppo della comunità politica e il classico tritico di pace giustizia e ricchezza, nei più moderni corollari e nelle declinazioni equivalenti, tra le quali la sicurezza sociale, la protezione della salute da forme pandemiche, dai disastri naturali, dai cambiamenti climatici⁵². La scienza e la giurisprudenza costituzionale, nondimeno, non sarebbero affatto estromesse da questa intrapresa, anzi debbono prendervi parte con un *labor limae* di principi sussidiari che aiutino le autorità politiche pubbliche ad indirizzare le persone e la società in direzione del bene comune⁵³.

Ma il tratto forse saliente del costituzionalismo del bene comune è che esso implica l'idea d'una moralità legislativa, e non solo nel senso che le leggi debbono necessariamente basarsi su una qualche concezione morale sostanziale ma anche che queste mirino ad un perfezionismo etico sociale, essendo la promozione della virtù pubblica una funzione non solo legittima ma addirittura ontologica/praxeologica dell'autorità politica⁵⁴. Lungi dall'essere un *forum* libero di ricerca della verità, l'ambito istituzionale costituzionale deve coltivare alacramente la propensione dei cittadini verso una qualche verità pubblica⁵⁵. Ne consegue che l'apologia liberale della neutralità pubblica, in ragione d'un pluralismo rawlsiano di visioni omnicomprensive, è per Vermeule nulla di più che un altro vagheggiamento teorico, facilmente confutabile sul piano operativo concreto e distonico con il principio metalegislativo di promozione del bene comune. A ben vedere, ogni misura governativa risulterebbe fondata su una certa visione del CG: «tutte le sentenze costituzionali di stampo liberale e *libertarian*, che affermano di espungere la moralità come base per l'azione pubblica» – afferma Vermeule –

⁵¹ *Ibid.*.

⁵² *Ivi*, p. 37.

⁵³ *Ibid.*.

⁵⁴ *Ibid.* Cfr. pure G. DUKE, *Political Authority and the Common Good*, in *Political Studies*, 65, 4, 2017, pp. 877–892.

⁵⁵ *Ivi*, p. 37.

«sono incoerenti e addirittura fraudolente, giacché comunque si fondano su una particolare nozione di moralità»⁵⁶. Il CGC intende il diritto come uno strumento di costruzione dell'identità morale dei cittadini, incoraggiando questi ultimi verso quei desideri, costumi e credenze che meglio possono promuovere il benessere comune⁵⁷. L'antropologia proposta qui concepisce l'individuo, à la John Mackie, come una sorta di istituzione morale⁵⁸, per cui la percezione soggettiva del giusto e del buono può essere il frutto di un processo programmato di costruzione di senso, guidato essenzialmente dal diritto, che può appunto riformarlo mediante l'imposizione di comportamenti abituali, in un più generale programma perfezionistico. Scandalizzarsi, allora, per forme malcelate di paternalismo sarebbe solo esercizio di farisaismo liberale, goffamente miope dinanzi alla fenomenologia delle prassi in cui il diritto assume costantemente un compito di guida pratica: basti pensare alle tasse finalizzate a disincentivare il fumo, oppure le norme che impongono il casco o le cinture di sicurezza, ovvero l'istruzione obbligatoria: tutti esempi in cui si coglierebbe l'elemento teleologico comune di dirigere le preferenze dei cittadini verso ciò che è *buono* per il bene comune⁵⁹.

Vermeule ribadisce con tetragona fermezza che il principale scopo del CGC sia quello di assicurare che chi governa abbia sia il dovere, sia l'autorità, di governare moralmente bene. Ecco allora la vera tirannia: agire al di fuori, o contro, le norme del buon governo; quest'ultimo vero *fine reale* del CGC, e non certo – crede Vermeule – il programma liberale dell'ipervalutazione ed allargamento smodato della libertà individuale⁶⁰. Assumendo il perno archimedeo del buon governo, traspare che limiti al potere pubblico sono concepibili, e accettabili, soltanto finché contribuiscono in qualche misura alla realizzazione di tale bene comune⁶¹.

4. I diritti soggettivi non sono *trumps*

⁵⁶ *Ibid.*, trad. mia.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Cfr. J. MACKIE, *Etica. Inventare il giusto e l'ingiusto*, a cura di B. de Mori, Giappichelli, 2001.

⁵⁹ A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, cit., p. 38.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*

Si giunge a passo svelto all'impiego, però perverso, di alcune delle più celebri tesi dworkiniane. Vermeule abbraccia l'argomento secondo cui la *testura aperta* delle norme costituzionali darebbe ampio spazio per delle letture morali sostanziali, soprattutto di quelle clausole che promuovono giustizia o sicurezza sociale. Trattandosi di norme a formulazione vaga, per essere rese normativamente operative esse necessitano d'un'opera di riempimento materiale; nondimeno si tratta di una intrapresa impossibile senza prendere a riferimento principi di moralità politica⁶². Il vero senso della «benedizione della libertà» contenuta nel Preambolo della Costituzione americana, per esempio, può ricavarsi solo nell'ambito di senso offerto dal quadro generale del CGC. Il che vale a dire che non potrebbe mai interpretarsi come clausola di massimizzazione della libertà individuale, dimenticando cioè che il concetto di libertà promosso dal testo costituzionale è teleologicamente ancillare al *Common Good*⁶³. È soltanto leggendo le clausole generali nel contesto di sfondo della tradizione del bene comune – che ne funge da *bedrock*, quindi –, ed espungendo letture iper-progressiste o originaliste, che diviene allora possibile avvedersi del fatto che dette norme mirano a costituire, e guidare, un'autorità politica per la promozione e lo sviluppo della *res pubblica*⁶⁴. Anzi, tutti i concetti normativi vanno letti alla luce di una migliore comprensione del concetto di libertà intesa come la capacità naturale degli uomini di agire in accordo ad un ragionamento morale rivolto al bene comune⁶⁵. Insomma, sebbene Dworkin non abbia una corretta teoria dei diritti soggettivi – così afferma Vermeule – egli avrebbe comunque ragione nel sostenere che l'interpretazione giurisdizionale delle clausole costituzionali sia un'operazione sostanzialmente morale⁶⁶, da compiersi tramite un processo osmotico continuo con la trama dei principi di

⁶² *Ibid.*

⁶³ Ivi, pp. 38-39. In sostanza i principi generali del bene comune e del benessere generale trasformerebbero le regole costituzionali in richiami prudenziali dei valori di fondo che servono a informare le norme di diritto positivo. Cfr. J.A. POJANOWSKI, K.C. WALSH, *Recovering Classical Legal Constitutionalism*, cit., p. 424.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Ivi, pp. 40-41.

⁶⁶ Ivi, p. 41.

moralità politica⁶⁷. Il metodo ermeneutico del bene comune può essere concepito – scrive l’A. – nei termini, sì, d’un modello «Dworkin-plus deference», ma in grado di offrire però una *giustificazione* migliore di quella del modello originale⁶⁸. «In linea con il diritto come integrità di Dworkin che combina “fit” e “justification”» – scrive infatti l’A. – «il quadro del bene comune tenta di adeguare [fit] il diritto in via di sviluppo fornendo a questo anche una giustificazione alla luce della moralità politica del bene comune, interpretandola come inclusiva della morale dei ruoli istituzionali che impegnano le competenze istituzionali delle istituzioni pubbliche al perseguimento del bene comune»⁶⁹. Da tale prospettiva la coerenza ermeneutica e l’*integrity* del sistema includerebbero argomenti di moralità politica che supportano una certa deferenza verso i «non judicial decision-makers», nell’ambito di limiti ragionevoli⁷⁰. Il problema con Dworkin, allora, non è tanto metodologico ma di contenuto, in relazione cioè a quale sia la concezione morale politica che deve giustificare la dimensione normativa istituzionale del diritto.

Quanto poi all’attività giudiziaria, il giudice deve mostrare la virtù areteica dell’*epikeia*, e proporre solo quegli aggiustamenti al testo letterale di una norma solo per accomodarlo al bene comune in tutti quei casi «nonstandards» in cui l’interpretazione non fosse sufficiente⁷¹; «to track a reasonable account of common

⁶⁷ In merito si veda A. VERMEULE, *Deference and Due Process*, in *Harv. L. Rev.*, 129, 2016, pp.1890-1931, dove chiarisce che il suo intento è quello di proporre un metodo interpretativo «[i]n uno spirito dworkiniano» presentando una «teoria che tenta di combinare la *justification* ossia il miglior resoconto dei principi alla base dei precedenti, con il *fit*, ossia con una ricostruzione coerentista del percorso del diritto negli ultimi decenni. Il dworkinismo tende ad essere associato all’espansione dell’*Impero del diritto*, ma questa è un’associazione strettamente contingente, originata in parte dalle stesse inclinazioni di Dworkin. *Fit* e *justification* possono anche consigliare che l’autorità della legge ceda il passo in favore degli organi amministrativi». (Ivi, p. 1894, trad. mia).

⁶⁸ A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, cit., p. 69.

⁶⁹ *Ibid.* Cfr. J.A. POJANOWSKI, K.C. WALSH, *Recovering Classical Legal Constitutionalism*, cit., p. 408.

⁷⁰ *Ibid.* Per Vermeule Dworkin avrebbe per certi versi “reinventato” la metodologia della tradizione del bene comune senza conoscerla, «specialmente verso la fine della sua carriera allorchè ha concepito il diritto come un ramo della morale politica – sebbene un particolare ramo, includente diverse considerazioni morali come una continuità qualificata con le decisioni passate e il rispetto per i ruoli istituzionali». (*Ibid.*, trad. mia).

⁷¹ Ivi, p. 83.

good», insomma⁷². Nondimeno, questo potere di aggiustamento morale va usato con parsimonia. In un suo scritto precedente, Vermeule aveva difeso una visione più testualista, secondo cui i giudici devono astenersi da spericolate elaborazioni ermeneutiche e attenersi al «significato superficiale o apparente»⁷³ di una disposizione quando questo appare chiaro, rinviando agli attori politici quando invece il significato sia incerto⁷⁴, essendo i giudici «prone to error»⁷⁵. Nel CGC tale concezione è in parte rintuzzata, ma l'*epikeia* non è una virtù che pertiene solo al giudice, il quale comunque è sempre tenuto ad un principio di deferenza massima rispetto alle determinazioni governative e politiche.

Sempre dichiarandosi sulle tracce di Dworkin, l'autore indugia più volte sulla distinzione classica tra *lex* e *ius*⁷⁶. La differenza è tracciata con una certa disinvoltura e non poca approssimazione: «*Lex* è il diritto positivo emanato, come una legge. *Ius* è il *corpus* del diritto in generale, che include e sussume la *lex*, ma la trascende, e contiene principi generali di giurisprudenza e giustizia legale»⁷⁷. Il *Common Good* non ha però fondamento in una clausola specifica, piuttosto scaturisce dalla struttura generale dell'ordine costituzionale materiale effettivo e dalla natura dell'autorità. La costituzione reale efficiente, potremmo dire, in un certo senso, «materiale» o «funzionale», è largamente non scritta e non codificata, e ciò in realtà sarebbe un tratto caratterizzante il costituzionalismo contemporaneo⁷⁸. A differenza del costituzionalismo progressista ed evolucionista, l'approccio di Vermeule disegna un costituzionalismo «developing», in base al quale «the fundamental background principles of the constitutional order, derived from the natural law and the law of nations and then incorporated (by determination) into

⁷² Ivi, p. 78.

⁷³ A VERMEULE, *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*, Harvard university Press, 2006, p. 183.

⁷⁴ Ivi, p. 230

⁷⁵ A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, cit., pp. 74-75.

⁷⁶ Ivi, p. 3 e 134. Vedi pure C. CASEY, A. VERMEULE, *Myths of Common Good Constitutionalism*, cit., p. 123.

⁷⁷ Ivi, p. 4, trad. mia. Altrove il concetto è così spiegato: «il diritto è più ampio dell'insieme dei comandi temporanei e locali, e si presume che tali comandi possano essere e saranno armonizzati con lo *ius*, ossia i principi generali di fondo dell'ordinamento giuridico». C. CASEY, A. VERMEULE, *Myths of Common Good Constitutionalism*, cit., p. 125, trad. mia.

⁷⁸ *Ibid.*

the positive law, remain constant over time»⁷⁹. Nondimeno, questo «developing constitutionalism» – ed è questo un tratto saliente – «postula che la legge [...] possiede un'integrità oggettiva che trascende i particolari di qualsiasi dato ordine costituzionale»⁸⁰. Ciò lo distinguerebbe dal costituzionalismo progressista, reo di aver corrotto il significato dei principi di fondo dell'ordine costituzionale. Nondimeno, Vermeule non riesce a marcare bene la differenza, limitandosi a ribadire apoditticamente che, se la concezione progressista ritiene che i principi normativi debbano cambiare ed evolversi, egli vede il diritto costituzionale evolversi nell'attuazione di principi normativi che rimangono costanti nel portato materiale⁸¹. Ora, la caratterizzazione macchiettizzata dei progressisti liberali come relativisti, o revisionisti morali radicali, sembra quanto meno dubbia considerando che l'alfiere Dworkin è senza dubbio un oggettivista morale⁸². Le contraddizioni nella costruzione vermuleana sono invero una costante ineludibile, per cui l'edificio teorico finale risulta eristico ed assai pericolante, richiedendo continui aggiustamenti da funambolo non sempre coerenti tra loro.

Da qui si può nuovamente volgere lo sguardo alla *Dobbs* e ai motivi per cui secondo Vermeule occorre celebrarla, ma fino ad un certo punto. Prima che la motivazione fossa resa nota, al tempo ciò della pubblicazione di *CGC*, Vermeule profetizzava che sarebbe giunto il tempo dell'*overruling* delle storiche decisioni sull'aborto (come pure di quelle sulle libertà sessuali e di pensiero), che si sarebbero mostrate vulnerabili alla revisione del *CGC*. In questo vecchio/nuovo quadro ermeneutico non vi sarebbe infatti spazio per un principio tanto distonico col bene comune come quello di autodeterminazione soggettiva, secondo cui «ciascuno può definire il proprio concetto di esistenza, del significato dell'universo e del mistero della vita umana»⁸³. La *Dobbs*, come s'è visto, ha cancellato con un colpo di spugna la *Casey* e la *Roe*, limitandosi però a rimettere la questione

⁷⁹ Ivi p. 121.

⁸⁰ Ivi, p. 122.

⁸¹ Ivi, pp. 118 e 123.

⁸² S. SMITH, *The Constitution, the Leviathan, and the Common Good*, cit., p. 8,

⁸³ A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, cit., p. 41.

dell'aborto alla signoria dei parlamenti, omettendo – puntualizza criticamente l'A.⁸⁴ – di suggerire possibili determinazioni del bene comune (pur avendo dichiarato però, in tono inconsapevolmente vermuleano, che la massimizzazione della libertà individuale trova una limite nello «scheme of ordered liberty» della Nazione). Ciò che era per Vermeule era chiaro anche prima della *Dobbs* è che la concezione libertaria secondo cui il governo non può mai giudicare la qualità morale del discorso pubblico è una posizione *moralmente* inaccettabile⁸⁵.

Emerge, ancora, la distanza sesquipedale con il modello dworkiniano dei diritti soggettivi: questi ultimi non possono affatto essere giocati come *trumps* per paralizzare le pretese pubbliche e determinare sfere soggettive intangibili al potere. Piuttosto, i diritti soggettivi (*iura*) altro non sono che specificazioni dello *ius*, dunque spettano agli individui come estrinsecazioni del bene comune («Rights are due to persons as they are states of affairs and arrangements within a polity that are “just, in the right” and help conduce to the flourishing of each and all»⁸⁶). Lungi dall'essere paratie al potere, i diritti soggettivi costituzionali sono definiti in maniera teleologica, di modo che una volta individuato *ratio* e scopo di un certo diritto, «i tribunali procederanno a indagare se il loro esercizio sia stato oggetto di giustificate “ingerenze” da parte dello Stato per “bilanciare” diritti contrastanti, o per massimizzare scopi collettivi nel “pubblico interesse”»⁸⁷, o nel caso si dia un «compelling governmental interest»⁸⁸. Vermeule rilegge il principio di proporzionalità utilizzato dalla certi europee e della Corte Edu per bilanciare i principi in conflitto tra loro, sottolineando come il test di proporzionalità sarebbe progettato proprio per fornire uno strumento analitico per verificare se gli «interessi della società nel suo insieme giustamente prevalgono sugli interessi

⁸⁴ A. VERMEULE, *How to read Dobbs*, cit.

⁸⁵ A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, cit., p. 42. Ne è un esempio operativo formidabile la recente questione in merito alla legittimità delle vaccinazioni obbligatorie, giacché Vermeule sostiene che elaborando e specificando i principi del CGC si sarebbe potuto accertare che non esiste, ne potrà mai esistere, un diritto soggettivo costituzionale a rifiutare la vaccinazione, riconoscendo allo Stato cospicui margini di autorità per la protezione della salute pubblica da fenomeni pandemici.

⁸⁶ C. CASEY, A. VERMUELE, *Myths of Common Good Constitutionalism*, cit., p. 137.

⁸⁷ Ivi, p. 138, trad. mia.

⁸⁸ Ivi, p. 139.

dell'individuo»⁸⁹. Applicando il meta-criterio della proporzionalità potrebbe dimostrarsi che un diritto può essere ignorato, o che un'interferenza pubblica può essere sempre giustificata, allorquando il costo di ciò sia giustificato dalla presenza d'un legittimo scopo pubblico. Parlare di "bilanciamento" tra interessi collettivi e individuali tradisce dunque un'adesione, anche non sempre teoricamente consapevole, ad una concezione classica di bene comune. Nella quale, però, il ragionamento applicativo non è tanto il bilanciamento, quanto, soprattutto, la specificazione ragionevole dei fini propri di ogni diritto e, quindi, la determinazione dei confini o limiti⁹⁰. Solo in questo senso i diritti possono funzionare come limiti al potere, cioè esprimendo una corretta estrinsecazione del bene comune (non a caso – puntualizza Vermeule – nessuno governo potrebbe promuovere la tortura o la schiavitù)⁹¹.

Il modello interpretativo post-positivista e pseudo-dworkiniano di Vermeule, più che alla costituzione come atto formale, guarda però all'«ordine costituzionale americano con la c minuscola»⁹²; quest'ultimo inteso come la costituzione materiale effettiva, non sempre conforme al paradigma testuale⁹³. Il rispetto di questa «small-c Constitution» implica poi l'adesione ad alcuni corollari, tra cui la deferenza per le scelte del legislatore in questioni sociali ed economiche, la previsione d'un ampio potere di delega in favore dell'esecutivo, così come pure «a strong legal principle of deference [...] to the institutional presidency and administrative tribunals»⁹⁴. E tutti questi «criteri normativi operativi di costituzionalismo»⁹⁵ non sarebbero altro che interpretazioni (para)dworkiniane

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ Ivi, p. 141.

⁹¹ *Ibidem*

⁹² A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, cit., p. 10. Vedi pure C.R. SUNSTEIN, A. VERMEULE, *Law & Leviathan: Redeeming The Administrative State*, Harv. Univ. Press, 2020.

⁹³ Cfr. A. POJANOWSKI, K.C. WALSH, *Recovering Classical Legal Constitutionalism*, cit., p. 410.

⁹⁴ A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, cit., p. 11.

⁹⁵ Per usare una espressione di N.W. BARBER, *The Principles of Constitutionalism*, Oxford Univ. Press, 2018, p. 12.

della “costituzione con la c minuscola”⁹⁶. Questa mossa serve all’autore per non ipostatizzare la Costituzione in un atto formale di cui possa darsene una lettura positivista-originalista, e rivolgere così l’attenzione dell’interprete all’ordine costituzionale non positivizzato (almeno formalmente), che ha nel bene comune il suo cardine archimedeo⁹⁷. Questa decisa preferenza per la «small-c Constitution» suggerisce anche perché Vermeule non cerchi mai di argomentare l’obbedienza alla Costituzione formale scritta⁹⁸.

5. Chi è il custode del bene comune?

A conti fatti, concretizzare il bene comune rimane una questione interpretativa, da affrontare caso per caso, specificando cosa richieda la tradizione del CCG in riferimento ad un problema concreto. Sorge allora la questione fondamentale in merito a chi spetti una tale opera di determinazione pratica. La metodologia ermeneutica presentata sembrerebbe *prima facie* prospettare i giudici come candidati principali, e la Corte suprema come depositaria rawlsiana della ragione pubblica. Nondimeno, per Vermeule tale compito non spetta solo ai giudici; tutt’altro. Occorre infatti non confondere due questioni distinte che si pongono: una sul livello del metodo interpretativo, e l’altra sulle problematiche di allocazione delle competenze costituzionali⁹⁹. Per quanto concerne il primo livello va segnalato che l’ermeneutica del costituzionalismo vermuleano riguarda tutti gli *official*: anche il legislatore e (soprattutto) l’esecutivo – s’è visto –, nell’assumere decisioni normative, devono applicare i principi costituzionali alla luce del bene comune. Ma se la promozione del bene pubblico è un dovere che incombe generalmente su tutti gli *official* del sistema, la stessa moralità politica reclama

⁹⁶ Su questo aspetto vedi ancora A. POJANOWSKI, K.C. WALSH, *Recovering Classical Legal Constitutionalism*, cit., p. 410.

⁹⁷ A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, cit., p. 127.

⁹⁸ Vedi A. POJANOWSKI, K.C. WALSH, *Recovering Classical Legal Constitutionalism*, cit., p. 434.

⁹⁹ A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, cit., p.43.

nondimeno una ramificazione strutturata di ruoli morali, e un progetto sociale di divisione del lavoro che dipende dal *design* istituzionale scelto¹⁰⁰.

Al di là della divisione del lavoro, Vermeule è convinto che la *best interpretation* delle pratiche costituzionali richiede che i giudici possano, anzi debbano, rinviare le questioni controverse alle autorità politiche, all'interno di limiti ragionevoli, in tutti i casi in cui il legislatore o l'esecutivo siano implicati nella funzione di specificare operativamente il bene pubblico (che di fatto è poi la soluzione percorsa dalla *Dobbs*, che si mostra più vermuleana di quanto sembri)¹⁰¹. Il concetto di determinazione chiama in causa il rapporto che sussiste, nella tradizione giusnaturalistica, tra il diritto naturale e il diritto civile, e da ciò deriva la critica al positivismo moderno¹⁰². Riprendendo una concezione tomista, Vermeule afferma che i principi del diritto naturale, per la loro formulazione generale, darebbero sempre spazio ad una certa discrezionalità nell'opera di concretizzazione materiale da parte diritto positivo, entro certi limiti fissati, appunto, dal diritto naturale stesso¹⁰³. Il processo di determinazione dei precetti generali del diritto naturale in statuizioni normative concrete è per lui immaginabile come un vettore che ostende una certa direzione per l'autorità pubblica senza indicare esattamente quanto lontano si debba andare; argomento questo che egli prende a piene mani da Finnis, per lui autore di riferimento¹⁰⁴. Ciò spiega il perché i giudici debbano essere assai deferenti delle determinazioni del bene comune proposte da altri attori istituzionali: ciò è essenziale per la presunzione di autorità legittima degli attori

¹⁰⁰ Ivi, p. 43.

¹⁰¹ Ivi, p. 44

¹⁰² Ivi, p. 45.

¹⁰³ Ivi, p. 46. Su questo passaggio vale la pena sottolineare una critica mossa da Steven Smith (ID., *The Constitution, the Leviathan, and the Common Good*, cit., p. 5) Secondo Smith il richiamo di Vermeule alle concezioni dell'Aquinate ometterebbe qualsiasi riferimento alla *Legge Eterna*, di cui la legge naturale ne rappresenta la partecipazione nella creatura razionale, nonché alla *legge divina*. «Nondimeno» – osserva Smith – «quel resoconto sembrerebbe basarsi sulla premessa di un universo divinamente creato, provvidenzialmente ordinato, intenzionale e teleologico. Senza una tale premessa, non è chiaro come possa funzionare la concezione classica: non vi è alcun fondamento ontologico o resoconto intelligibile della “legge” o *ius* che si suppone stia dietro il diritto positivo».

¹⁰⁴ *Ibidem*.

politici¹⁰⁵. Il CGC, insomma, non vede limiti sostanziali a ciò che i governi possono attuare per promuovere il bene comune: «sotto questo aspetto» – nota Smith – «il governo preferito da Vermeule si avvicina molto di più a un Leviatano che al governo progettato dai fondatori americani»¹⁰⁶.

6. Quale posto per la Democrazia?

La deferenza che i giudici devono mostrare rispetto alle determinazioni del bene comune effettuate dagli altri *official* del sistema potrebbe fare presumere che vi sia implicita una esaltazione waldroniana della dignità democratica del legislatore¹⁰⁷. Ci si chiede: la democrazia è un bene nel quadro teorico del costituzionalismo? La risposta di Vermeule: dipende da cosa si intenda per democrazia, quali fini abbia e come sia giustificata¹⁰⁸. Ora, per Vermeule le determinazioni normative concrete del bene pubblico operano sia *sul*, sia *all'interno* all'ordine costituzionale funzionale. Ciò significa che questa variante di costituzionalismo non adotta una concezione *a priori* in merito a quale sia il regime politico che meglio soddisfa i criteri del CGC; pertanto, diversi regimi e di modelli potrebbero essere ugualmente ordinati al bene comune, come non esserlo: è una questione di mera efficacia¹⁰⁹. La democrazia non rappresenta affatto un bene intrinseco: lo è solo se orientata al bene comune, ma ciò dipende dalle circostanze concrete in cui si dà concretamente¹¹⁰. Va da sé che la democrazia concepita nella sua declinazione odierna, come democrazia di masse elettorali, non potrebbe vantare particolare rilievo assiologico¹¹¹. Pur non fornendo argomenti in favore di qualche determinata forma di governo o di democrazia – giacché i regimi e modelli politici derivano il loro valore solo dalla capacità di garantire e attuare il bene comune – Vermeule

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ S. SMITH, *The Constitution, the Leviathan, and the Common Good*, cit., p. 10, trad. mia.

¹⁰⁷ Si veda in proposito J. WALDRON, *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, 1999.

¹⁰⁸ A. VERMEULE, *Common Good Constitutionalism*, cit., p. 46.

¹⁰⁸ *Ivi*, p. 47.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Ibid.*

crede che potrebbero esservi nondimeno delle buone ragioni per pensare ad una democrazia con la «d piccola», ossia un modello senza voto, ovvero con esercizio di voto limitato, di mera consultazione insomma, utile a livello cognitivo per ottenere informazioni sulle preferenze della popolazione e per generare, in qualche modo, forme di solidarietà sociale¹¹². Del resto, le determinazioni concrete del bene comune proposte da legislatori che tengono in considerazione un *range* più ampio possibile di casi e che hanno una base informativa più larga muovendo da basi imparziali, rispetto ai giudizi fallibili individuali su casi particolari, meritano maggiore rispetto (anche giudiziale) nel contesto della tradizione classica¹¹³. Nondimeno, tale deferenza non deriva necessariamente dalla circostanza che tali determinazioni abbiano una forma democratica, ma si deduce solo dal contenuto materiale sostantivo. Del resto – sottolinea Vermeule –, il concetto di *legislatore* è assai più antico di quello di *democrazia*¹¹⁴. Insomma, da una simile prospettiva, una decisione di un *tyrannos* andrebbe comunque rispettata se in qualche misura fosse orientata al bene pubblico, non potendo la democrazia vantare alcuna autonoma dimensione assiologica.

Anche la teoria dell'abuso di potere porterebbe acqua al mulino della teoria del *bene comune*, dal momento che per parlare di abuso di potere è necessario preliminarmente assumere una qualche concezione di *buon potere* e cosa questo possa legittimamente promuovere¹¹⁵. Le teorie costituzionali di ispirazione *liberal* sarebbero miopiche nel considerare solo ipotesi di forme di abuso di potere da parte di organi statali, sottovalutando altre dimensioni abusive di espressioni fenomenologiche di potere individuale, che le autorità pubbliche possono invece prevenire e scongiurare attraverso un governo rigorosamente orientato al bene comune. Questi abusi sarebbero troppo superficialmente trattati come meri *abusi privati* giacché posti in essere da attori economici la cui eccedenza di potere necessariamente dipende – ed è questo il punto nodale – dalla iper-protezione

¹¹² *Ibid.*.

¹¹³ Ivi, p. 63.

¹¹⁴ Ivi, p. 48.

¹¹⁵ *Ibid.*.

accordata a certi diritti soggettivi¹¹⁶. Detto in altri termini, «l'enfasi sulla prevenzione della tirannia nel nome della protezione dell'autonomia individuale sottovaluta il fatto che la tirannia può essa stessa sorgere in nome della protezione dell'autonomia»¹¹⁷. In tal senso l'enunciato che afferma che la libertà di qualcuno deve essere protetta dal diritto necessariamente implica – per Vermeule – l'affermazione della necessità dell'esercizio di un qualche potere coercitivo sugli altri¹¹⁸.

Nel proporre il suo ragionamento Vermeule dimentica completamente che un obiettivo primario del costituzionalismo americano, e del costituzionalismo in genere, è proprio quello di porre dei legami al potere, e abbraccia invece una concezione fortissima di Stato amministrativo, ben poco espressiva dell'ideologia del costituzionalismo¹¹⁹. Eppure, per l'Autore questo suo modello di potere troverebbe conforto storico. Nel momento costituzionale fondativo si davano soprattutto due principali cordoni della tradizione di diritto naturale, che secondo Vermeule coesistevano, seppure non facilmente. Uno di questi enfatizzava l'idea del bene comune, la natura intrinsecamente politica e sociale dell'uomo le cui leggi dovevano essere ordinate nel bene di una particolare comunità politica e sociale¹²⁰. L'altro filone, più contrattualista nelle sue premesse, era rappresentato da Blackstone, e tendeva a concepire la natura umana come intrinsecamente individualistica piuttosto che sociale e politica¹²¹. Sebbene ragionassero in modo diverso, e muovessero da premesse distoniche, entrambe le tradizioni accordavano comunque un largo spazio alle autorità pubbliche affinché queste agissero al servizio del bene comune e, soprattutto, entrambe condividevano la "cosmologia

¹¹⁶ *Ibid.*.

¹¹⁷ *Ibid.*, trad. mia.

¹¹⁸ Ivi, p. 51.

¹¹⁹ Vedi S. SMITH, *The Constitution, the Leviathan, and the Common Good*, cit., p. 12. Si vedano A. VERMEULE, *Law's Abnegation: From Law's Empire to The Administrative State*, Harv. Univ. Press, 2016 e C.R. SUNSTEIN, A. VERMEULE, *The Unitary Executive: Past, Present, and Future*, in *SUP. CT. REV.*, 1, 2020, pp. 83-117.

¹²⁰ Ivi, p. 54.

¹²¹ *Ibid.*

classica” nella quale il diritto positivo civile dava specificazione o comunque doveva essere interpretato nella luce dei principi generali del diritto naturale¹²². Sarebbe allora un clamoroso errore pensare che gli strali della tradizione di diritto naturale nel costituzionalismo del bene comune possono supportare forme *strong* di sindacato di costituzionalità e di scrutinio delle scelte del legislatore. Il modello *forte* sarebbe invero il frutto di un goffo anacronismo originatosi dopo la guerra civile, mentre la tradizione dei diritti naturali avrebbe sempre accordato alle autorità pubbliche politiche ampi margini di spazio per inferire e proporre delle determinazioni ragionevoli in merito al bilanciamento tra diritti naturali in concorso, così come la possibilità di sostituirli in vista d’un benessere generale (come per la libertà di pensiero, che agli albori della Costituzione era, per Vermeule, soggetta ad un pervasivo controllo pubblico)¹²³. Invocare lo *Ius* naturale per invalidare le leggi a questo contrarie è nondimeno un approccio eccezionale, mentre la tradizione mostrerebbe piuttosto la necessità d’una sinergia tra i vari livelli: nel modello costituzionale di Vermeule i principi della tradizione del diritto naturale servirebbero: (i) per interpretare correttamente il testo della costituzione; (ii) per fondare l’autorità politica di chi governa nel perseguimento del bene comune¹²⁴. Un modello dialogico, dunque, imperniato sul rispetto dei ruoli istituzionali e con una non ben chiara possibilità di interazione sulla carta.

7. Brevi considerazioni finali: un costituzionalismo con la *c* piccola

Il costituzionalismo del bene comune – volendo sintetizzare brutalmente il senso della ricostruzione qui proposta – guarda all’ordine materiale delle “small-c Constitution” dimenticandosi della Costituzione come atto formale, propone una democrazia con la “d piccola” e sopraffatta da un ipertrofico stato amministrativo e

¹²² Ivi, p. 56.

¹²³ Ivi, p. 77. Sul punto cita J. CAMPBELL, *Natural Rights and the First Amendment*, in *Yale L. J.*, 107, 2017, pp. 246- 320.

¹²⁴ Ivi, p. 58.

concepisce i diritti soggettivi in maniera radicalmente teleologica, risultando questi sempre suscettibili d'un qualche bilanciamento che li sacrifichi sull'altare di un nebuloso bene comune. Quest'ultimo, poi, è inteso in maniera tanto larga ed evanescente da risultare, a conti fatti, un'etichetta di giustificazione da appendere comodamente sopra qualsiasi forma di esercizio della ragion di Stato. Il manifesto di Vermeule, insomma, presenta un (non)costituzionalismo scombiccherato, con la "c" talmente ridotta – per così dire – da non poterlo seriamente ascrivere al pensiero costituzionalista – neppure di quello più marcatamente politico – il cui grande merito, com'è noto, è quello di voler imbrigliare la fenomenologia del potere entro categorie assiologiche e normative, che ne fungano da limite e fondamento. Pensiero, quello costituzionale, di cui Vermeule ne fa aperta apostasia, in un'opera di continua micronizzazione delle categorie classiche: "costituzione con la c piccola", "democrazia con la "d piccola", e infine "diritti" – viene da aggiungere – anch'essi con la "d piccola". Sul solco del pensiero di Finnis, Vermeule sciorina un arsenale argomentativo che offre la "worst intepretation" del intepretivismo dworkiniano, sospinto in un asfittico legalismo etico anti-individualista. Il tutto per sponsorizzare un fin troppo ingombrante Leviatano amministrativo¹²⁵, che in nome del vuoto contenitore del bene comune è autorizzato a soverchiare i diritti individuali, in vista d'un programma di perfezionismo etico dal mai chiarito contenuto normativo.

Si potrebbe sostenere, come fanno molti, che la partigianeria politica *neocoon* di Vermeule finisca per illanguidirne la valenza teorica, rendendo ridondante, o stucchevole, ogni riflessione scientifica. Nondimeno, la realizzazione della "sinistra" profezia sull'*overruling* della *Roe*, da un verso, e un certo profluvio di nuovi studi che ricostruiscono in termini radicalmente teleologici i diritti costituzionali, svuotandoli di contenuto normativo, dall'altro, ci invitano comunque ad un'opera di vigile critica, onde evitare che un pensiero bollato sulle prime come un banale tentativo naïve e fané di ritorno alla pre-modernità si

¹²⁵ Vedi S. SMITH, *The Constitution, the Leviathan, and the Common Good*, cit.

traduca invece in termini operativi. Come a tratti, e per certi versi, sembra sia accaduto con la *Dobbs*.

dirittifondamentali.it

Libertà di informazione e rilievi critici per il contrasto della diffusione di *fake news* di Giulia Papa*

Sommario: 1. L'affacciarsi di limitazioni alla libertà di informazione (nonché al diritto di essere informato). – 2. La lotta alle *fake news*. – 3. La necessità di un dibattito libero e aperto.

1. L'affacciarsi di limitazioni alla libertà di informazione (nonché al diritto di essere informato).

Oggi si registra in vari Stati membri dell'Unione europea un preoccupante attacco alla libera informazione, che comporta un deterioramento della libertà di espressione e del diritto all'informazione. Il tema è diventato centrale a seguito di alcuni eventi recenti, quali la pandemia del Covid-19 o la guerra in Ucraina, che hanno accentuato la tendenza ad affidare principalmente alle piattaforme digitali la funzione di contrasto alla disinformazione e alle *fake news* che circolano in rete, rendendo più evidenti i problemi del sistema informativo¹. Un primo elemento di complicazione è determinato dalla nozione stessa di *fake news*, i cui confini giuridici ambigui la rendono strumentalizzabile e foriera del rischio che il ricorso a tale

* Dottoranda di ricerca in “Imprese, Istituzioni e Comportamenti” presso l'Università di Cassino e del Lazio meridionale.

¹ C. MAGNANI, in *Finché ci sono fake news c'è speranza*, Rubbettino Università, Roma, 2021, p. 4. ricostruisce l'origine “politica” del fenomeno delle *fake news* e la colloca al 2016 quando la Brexit, le elezioni presidenziali U.S.A. e il referendum costituzionale in Italia hanno prodotto esiti del tutto inaspettati da parte dei commentatori di allora.

concetto diventi un modo per limitare la libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost. e il dibattito pubblico.

Come noto, la libertà di manifestazione del pensiero ha da un lato una declinazione attiva, che consiste nella libertà di diffondere informazioni². Dall'altro lato bisogna considerare la sua declinazione passiva e riflessiva, ossia il diritto a ricevere informazioni che recentemente anche la Corte costituzionale ha qualificato come di rango costituzionale³.

Il giudice delle leggi ha più volte sottolineato come il diritto di ricevere informazioni prende corpo nel pluralismo delle fonti cui attingere conoscenze e notizie e vincola il legislatore di impedire la formazione di posizioni dominanti e di favorire la circolazione del maggior numero possibile di voci differenti tra loro, così che il cittadino possa essere messo in condizione di compiere le proprie valutazioni avendo presenti vari punti di vista e orientamenti contrastanti⁴. In tal modo il diritto all'informazione è tanto più tutelato quanto maggiore è il grado di pluralismo esterno⁵.

L'avvento della tecnologia di rete, per il suo carattere strutturalmente decentrato e per i ridotti costi di accesso, realizza in maniera potenzialmente massima lo scopo del pluralismo delle fonti, così da essere inteso quale mezzo idoneo a dare piena soddisfazione in capo a chiunque tanto alla libertà di dare informazioni che al diritto di riceverle⁶, sin dal *leading case* della Corte suprema degli Stati Uniti "*Reno vs American Civil Liberties Union*"⁷.

² La libertà d'espressione costituisce uno dei principi cardine del nostro Paese. L'[art. 21 Cost.](#) prevede infatti che "tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione". Dello stesso tenore sono anche l'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e l'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE). Si tratta peraltro del principio su cui si fonda l'attività giornalistica e di diffusione dell'informazione in generale.

³ Corte cost. sent. n. 20 del 2019.

⁴ Cfr. ex multis Corte cost. sentt. 112 del 1993, 420 del 1994, 502 del 2000, 155 del 2002 e 206 del 2019.

⁵ cfr. G. GARDINI, *Le regole dell'informazione. L'era della post verità*, Torino, 2017, 46 ss.

⁶ Tuttavia, il rapporto tra internet e pluralismo è stato successivamente configurato in maniera meno lineare, se non addirittura in termini di relazione inversa, in seguito al ruolo giocato dalla mediazione algoritmica. Sul punto vedi il lavoro di C. SUNSTEIN, *Republic.com*, Princeton, 2001.

⁷ *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997).

2. La lotta alle *fake news*

In tale quadro generale, si registrano alcuni segni concreti di limitazione delle declinazioni della libertà di manifestazione del pensiero da parte dell'autorità pubblica statale e sovranazionale e di quella privata. Alcune prime avvisaglie si erano già colte nell'impegno a monitorare e a limitare il rischio di diffusione online di *fake news* assunto da alcune grandi piattaforme, su base volontaria, con la sottoscrizione del codice di condotta sulla disinformazione⁸.

Tale codice consiste in un accordo finalizzato ad assegnare alle piattaforme che lo hanno stipulato i compiti concreti di contrasto alla *disinformation* online. Quindi con esso questi attori del digitale hanno accettato di sottoscrivere una serie di impegni volti a porre in essere condotte attive di lotta alla disinformazione.

In sede di stesura del codice di condotta, presentato come un'iniziativa di *soft-law* non vincolante la cui concreta effettività è rimessa ai buoni propositi degli operatori telematici, è fornita una ricognizione aggiornata sulle principali azioni intraprese per contrastare il fenomeno delle *fake news*. L'iniziativa e l'obiettivo della Commissione europea avrebbe dovuto evitare quanto più possibile l'influenza delle *fake news* sulle elezioni europee del 2019, contribuendo a una campagna online trasparente, corretta e affidabile nel pieno rispetto dei principi fondamentali della libertà di espressione dell'Europa, della libertà di stampa e del pluralismo⁹.

Il codice avrebbe dovuto realizzare una vittoria sulla disinformazione, con conseguente recupero della visibilità per le fonti autorevoli e superamento di ogni confusione nata nei cittadini a causa del sovrapporsi di notizie discordanti. Invece,

⁸ Cfr. *The Code of Practice on Disinformation*, sottoscritto da Facebook, Google, Twitter e Mozilla, pubblicato il 26 settembre 2018, reperibile in digital-strategy.ec.europa.eu.

⁹ Vd. *Disinformazione online, codice di condotta per le piattaforme digitali*, in politicheeuropee.gov.it, 26 settembre 2018. Si tratta del primo testo di autoregolamentazione a livello mondiale. I firmatari del Codice si sono impegnati ad agire in cinque aree: interrompere le entrate pubblicitarie di determinati account e siti web che diffondono disinformazione; aumentare la trasparenza della pubblicità politica; affrontare la questione degli account falsi e dei bot online; facilitare l'accesso a diverse fonti d'informazione, migliorando la visibilità dei contenuti autorevoli e rendere più facile la segnalazione di notizie false; consentire alla comunità di ricerca di accedere ai dati delle piattaforme per monitorare la disinformazione online attraverso modalità conformi alle norme sulla privacy.

ha evidenziato alcune carenze, sorte tra l'altro già nel 2020 in sede di valutazione dello stesso, ragione per cui la Commissione europea ha recentemente proposto una stretta ulteriore in particolare alla luce della crisi sanitaria.

Di conseguenza le piattaforme online hanno presentato un codice di condotta rafforzato sulla disinformazione che è stato sottoscritto nel 2022 da 34 firmatari che hanno aderito al processo di revisione del codice del 2018. I firmatari si sono impegnati ad agire in diversi settori, ad esempio rafforzare la cooperazione tra i *factcheckers*. Il nuovo codice estende l'attività di *factchecking* in tutti gli Stati membri dell'UE e garantisce che le piattaforme facciano un uso più coerente dell'attività di *factchecking* sui loro servizi¹⁰.

Lo schema concettuale del codice di condotta sulla disinformazione è stato ripreso e adattato in Italia e anche in altri Paesi. Ad esempio in Francia la *Loi contre la manipulation de l'information* in vigore dal 2019 è volta a combattere in maniera specifica la disinformazione finalizzata ad alterare il processo elettorale e calibrata in particolare per le operazioni di disinformazione di origine estera¹¹.

La strategia delineata in sede europea è stata sviluppata in Italia in epoca di pandemia con l'istituzione tramite decreto del Sottosegretario di Stato con delega all'Informazione e all'Editoria di una specifica «unità di monitoraggio per il contrasto della diffusione di *fake news* relative al COVID-19 sul *web* e sui *social network*»¹². L'unità, istituita presso il Dipartimento per l'informazione e l'editoria della Presidenza del Consiglio dei Ministri, ha tra i suoi compiti l'analisi delle modalità e delle fonti di diffusione delle *fake news*, il coinvolgimento dei cittadini e

¹⁰ Il codice di buone pratiche rafforzato contiene 44 impegni e 128 misure specifiche. In particolare, interviene nei seguenti settori: demonetizzazione della diffusione della disinformazione; garantire la trasparenza della pubblicità politica; garantire l'integrità dei servizi, responsabilizzare gli utenti; fornire ai ricercatori un migliore accesso ai dati. Cfr. *Codice di condotta sulla disinformazione 2022*, in digital-strategy.ec.europa.eu.

¹¹ V. GAZAGNE-JAMMES, *La citoyenneté numérique à l'épreuve des fausses informations*, in *La Revue des droits de l'homme*, 17, 2020, in journals.openedition.org; C. DELAHAIS, *La loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information: un avenir incertain*, in *Revue juridique de l'Ouest*, 3, 2018, 63-75.

¹² Il testo del decreto è reperibile in *Unità di monitoraggio per il contrasto della diffusione di fake news relative al COVID-19 sul web e sui social network*, 4 aprile 2020, in [informazioneeditoria.gov.it](https://www.informazioneeditoria.gov.it)

degli utenti social nel rafforzamento della rete di individuazione, il lavoro di sensibilizzazione attraverso campagne di comunicazione.

La scelta è rilevante ai fini del discorso in quanto le motivazioni che giustificano l'«unità di monitoraggio e contrasto delle *fake news*» sono collegate al bisogno di prevenire la diffusione non di contenuti illeciti, ma di «contenuti falsi, non dimostrati o fuorvianti creati o condivisi con riferimento al coronavirus, con particolare riguardo a quelli potenzialmente idonei a indebolire le misure di contenimento del contagio ovvero ad accentuare la difficoltà della gestione emergenziale»¹³.

I contenuti «fuorvianti» sono contenuti identificati in base all'effetto prodotto sulle convinzioni ed i comportamenti del pubblico/utenza che ne fruisce. Tale concetto presuppone una "retta via" dalla quale i cittadini sarebbero dissuasi in ragione della fruizione di contenuti fuorvianti¹⁴. La misura sembra rivolta a contribuire indirettamente all'efficacia della comunicazione istituzionale nell'orientare le condotte collettive, rimuovendo dal circuito informativo i contenuti informativi che abbiano l'effetto di distogliere i cittadini da comportamenti corretti, opportuni e necessari per contenere la diffusione del virus e all'efficacia delle misure di contrasto e cura, così come veicolati dalle pubbliche autorità.

Vi sono poi i contenuti «non dimostrati». L'idea di fondo è che nell'urgenza di contrastare il contagio, le sole tesi che meritano di raggiungere la collettività (così eventualmente da orientarne l'opinione e le condotte) sono quelle in qualche modo accreditate in sede scientifica, il che appare paradossale in una situazione nella quale ciò che può dirsi assodato, asseverato e dimostrato è molto poco, anche in sede scientifica, data la novità del caso.

Per quanto concerne i contenuti «falsi», anche ad ammettere la liceità della loro rimozione se ciò è giustificato dalla necessità di proteggere la salute, tale operazione presuppone un consenso generalizzato e consolidato, ed un'evidenza

¹³ Art. 2, comma 1, lett. a) del decreto.

¹⁴ B. PONTI, *La libertà di informazione al tempo della pandemia. Rilevi critici in margine all'istituzione dell'«unità di monitoraggio per il contrasto della diffusione di fake news relative al CoViD-19 sul web e sui social network»*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto, Special Issue 1/2020*, p. 644.

immediata di quello che è falso, perché altrimenti proprio il confronto tra diverse opinioni in un dibattito libero ed aperto costituisce il metodo migliore per l'emersione della verità.

Tale attività di classificazione dei contenuti falsi, non dimostrati o fuorvianti costituisce una pesante intromissione nella sfera della libertà di espressione, in quanto è volta a discriminare i flussi informativi trasmessi nell'esercizio di una libertà costituzionalmente tutelata, in base ad un giudizio sul contenuto di ciò che è diffuso, comunicato o veicolato. Ciò appare già di per sé in contrasto con il divieto di censura. A questa attività sono chiamati a collaborare sia soggetti specializzati nell'attività di *fact checking*, sia i principali motori di ricerca e le piattaforme social, sia i comuni cittadini/utenti delle piattaforme social.

Inoltre, l'Unità ha il ruolo di definire le «modalità idonee a potenziare e rendere più visibile ed accessibile l'informazione generata dalle fonti istituzionali, anche attraverso un migliore posizionamento sui motori di ricerca e sui social media». Si tratta, per così dire, di censura indiretta in quanto si renderebbero più visibili i contenuti generati dalle fonti istituzionali (non necessariamente «veri, dimostrati, ben indirizzanti») sui motori di ricerca e sui social, e quindi – di converso – meno visibili tutti gli altri contenuti.

Sembra possibile ritenere che tali misure europee e nazionali limitino la libertà di informazione, sia come libertà attiva che come libertà passiva. Sotto il profilo attivo della libertà di informazione, sui limiti che –compatibilmente con la tutela di tale libertà- possono essere imposti, si vedano i classici (ma ritengo sempre attuali) contributi di Esposito e Barile¹⁵.

La tesi di Esposito è nel senso per cui la manifestazione del pensiero che consiste in un falso subiettivo non è coperta dall'art. 21 Cost. Di conseguenza tali espressioni non sono vietate o illecite in quanto tali (fatto salvo quanto previsto in materia di diritto di difesa), ma sottoposte ad una compressione senza limiti in ragione

¹⁵ Vd. anche L. PALADIN, *La libertà di espressione*, Torino, 1979; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1992. Sulla ricognizione sistematica della normativa e della giurisprudenza costituzionale in materia di libertà di informazione cfr. A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21*, in *Commentario della Costituzione Branca-Pizzorusso*, Roma, 2006.

dell'esigenza di tutelare interessi rilevanti per l'ordinamento giuridico¹⁶. Per Barile invece anche le menzogne rientrano pienamente nell'ambito oggettivo della libertà di manifestazioni del pensiero, ma al tempo stesso esse possono incorrere in limitazioni allorché il loro contenuto sia illegittimo¹⁷.

3. La necessità di un dibattito libero e aperto

Il fenomeno delle *fake news* si basa sul paradosso per cui la libertà di pensiero trova il suo confine non tanto nella tutela dei diritti dei terzi, ma specificatamente nel cattivo utilizzo che si farebbe della stessa libertà e per tale motivo si potrebbe inserirlo nella categoria dell'abuso del diritto. La nozione di *fake news*, infatti, non include le informazioni e le notizie vietate per effetto di altre norme "tipiche", come ad esempio quelle sulla diffamazione, sull'incitazione a delinquere o sulla propaganda razzista. Tale precisazione spalanca le porte ad una sostanziale indeterminatezza del concetto e conduce a domandarsi quali siano i requisiti giuridici che una manifestazione del pensiero in tal senso dovrebbe incontrare non soltanto per poter essere qualificata quale *fake news*, ma anche per poter essere censurata¹⁸.

Bisogna dunque chiedersi seriamente se le limitazioni imposte alla libertà di informazione descritte siano legittime. L'imposizione di limiti alla libertà di informazione richiede sempre l'individuazione di un'attività illecita da parte di una legge. Infatti, l'art. 21 Cost. prevede –anche se con riferimento al sequestro della stampa periodica- una riserva assoluta di legge e una riserva di giurisdizione per quanto concerne l'adozione dei provvedimenti concreti¹⁹. Il ruolo di determinare cosa sia vero o falso non può quindi essere appannaggio delle piattaforme digitali.

¹⁶ C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano 1958.

¹⁷ P. BARILE, *La libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975, p. 457.

¹⁸ G. CERRINA FERONI, *Fake news*, Cerrina Feroni (*Garante privacy*): "Cosa fare contro la dittatura del pensiero dominante", in *garanteprivacy.it*, 18 gennaio 2023.

¹⁹ L'art. 21 Cost. così recita: "Si può procedere a sequestro soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescriva per l'indicazione dei responsabili".

Queste conseguenze pesanti sulla libertà di informazione consigliano di mantenere libero ed aperto il dibattito pubblico, affinché la collettività possa esercitare pienamente il diritto di discutere, confrontare tesi, dissentire, proporre e analizzare alternative. Pertanto limitare il dibattito, con particolare riferimento a quello che può diffondersi sul web e sui social network, è una strategia ingiustificata e controproducente in quanto mancano quelle specifiche condizioni ed i presupposti che legittimerebbero tali misure. Al contrario una simile strategia, oltre a segnalare una condizione di debolezza ed insicurezza, inaridisce importanti canali di lettura, verifica e controllo²⁰.

Nel contesto digitale e informativo non è sufficiente, per tutelare il pluralismo informativo, che siano vietate determinate pratiche. Non è possibile limitarsi ad un approccio prescrittivo e nemmeno ad appaltare a “terzi esperti” il ruolo di definire cosa sia vero o falso. È invece indispensabile adottare un approccio attivo e plurale, che non si traduca in quella che Tocqueville definì “dittatura della maggioranza” e che oggi potremmo ribattezzare come “dittatura del pensiero dominante”²¹.

Infine, è possibile ravvisare che le misure di contrasto alla diffusione delle *fake news* sono tutte concentrate sulla comunicazione che avviene nel web e sui social network, però anche i media tradizionali possono prestarsi alla diffusione di *fake news* e di campagne di disinformazione. Le criticità evidenziate rendono necessario l'avvio di iniziative in particolare volte a promuovere e tutelare la libertà e il pluralismo dell'informazione²².

²⁰ B. PONTI, *op. cit.*, p. 650 ss.

²¹ G. CERRINA FERONI, *op. cit.*

²² F. DONATI, *Unione europea, libertà e pluralismo dei mezzi di informazione nella proposta di Media Freedom Act*, in *Medialaws*, n. 2/2022, p. 22.

**Solidarietà nel settore energetico:
Prospettive e strumenti dell'Unione europea per contrastare la povertà energetica**
di
Kamilla Galicz*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La duplice declinazione del principio di solidarietà in materia energetica. – 2.1. Il settore energetico nei Trattati e «lo spirito di solidarietà tra Stati membri». – 2.2. Accesso all'energia nel prisma della dimensione sociale del principio di solidarietà. – 3. Politiche e misure di contrasto alla povertà energetica. – 3.1. Efficienza energetica e transizione ecologica: rassegna degli strumenti di contrasto. – 3.2. Manifestazioni di solidarietà alla luce del conflitto armato in Ucraina. – 4. Rilievi conclusivi.

1. Introduzione

La povertà e le sue varie dimensioni, compresa la povertà energetica, non sono problemi nuovi, né lo è l'interesse scientifico che le circonda. Tuttavia, le sfide di oggi e i moderni strumenti di contrasto richiedono un attento esame dalla prospettiva delle scienze giuridiche¹. È difficile tanto definire la povertà energetica, quanto circoscrivere le modalità con cui il fenomeno si manifesta. Sebbene non esista una definizione vincolante e uniforme a livello europeo, la povertà energetica è stata affrontata sotto diversi aspetti da varie iniziative per oltre un decennio². In tale ottica, il diritto dell'Unione europea (Ue) ha fornito importanti spunti al legislatore nazionale. Secondo l'art. 2 (49) della proposta di direttiva sull'efficienza

* Dottoranda di ricerca (Diritto pubblico), Scuola Superiore Universitaria Sant'Anna, kamillazsuzanna.galicz@santannapisa.it.

¹ Autorevole dottrina si è occupata del fenomeno multiforme della povertà. Da una prospettiva giuridica a livello internazionale, si rinvia a D. AKANDE et al. (a cura di), *Human Rights and 21st Century Challenges: Poverty, Conflict, and the Environment*. Oxford University Press, Oxford, 2020.

² European Parliamentary Research Service, *Energy Poverty in the EU*. 04.07.2022. p. 2.

energetica, per povertà energetica si intende «l'impossibilità per una famiglia di accedere ai servizi energetici essenziali a un tenore di vita dignitoso e alla salute, compresa un'erogazione adeguata di calore, raffrescamento, illuminazione ed energia per alimentare gli apparecchi, nel rispettivo contesto nazionale, della politica sociale esistente e delle altre politiche pertinenti»³.

Per quanto riguarda gli indicatori, i quattro parametri cardinali sono gli arretrati nel pagamento delle bollette, la bassa spesa energetica assoluta, l'elevata incidenza della spesa energetica sul reddito e l'incapacità di mantenere l'abitazione sufficientemente calda⁴. Secondo le statistiche concernenti l'anno 2021, circa 7% dei cittadini europei non erano in grado di mantenere la propria abitazione adeguatamente calda, ma le cifre che descrivono la situazione europea nel suo complesso svelano realtà assai differenti. A titolo di esempio, in Italia l'8,1% della popolazione non era in grado di mantenere la propria casa adeguatamente calda, una percentuale inferiore rispetto alle cifre che riguardano la situazione nei Paesi iberici (14,2% in Spagna e 16,2% in Portogallo), ma superiore alle percentuali che caratterizzano gli Stati membri dell'Est; ad esempio, 2,2% nella Repubblica Ceca e 3,2% in Polonia⁵. In confronto, nel 2021, il 6,5% delle famiglie italiane aveva degli arretrati sulle bollette, una cifra inferiore rispetto alla media in Spagna (9,5%), ma ben superiore rispetto alle percentuali della Repubblica Ceca (1,5%), della Polonia

³ Commissione europea, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'efficienza energetica (rifusione)*. Bruxelles, 14.7.2021. COM (2021) 558 final. 2021/0203 (COD). Cfr. il considerando (1) della Raccomandazione (UE) 2020/1563 della Commissione del 14 ottobre 2020 sulla povertà energetica: «Per «povertà energetica» s'intende la condizione delle famiglie che non sono in grado di accedere ai servizi energetici essenziali».

⁴ Per un'analisi più profonda degli indicatori principali si rinvia al rapporto dell'Osservatorio europeo sulla povertà energetica. Cfr. EU Energy Poverty Observatory, *EPOV Indicator Dashboard, Methodology Guidebook*. May 2020. pp. 10-19. L'Osservatorio è stato un progetto di 40 mesi iniziato nel dicembre 2016, al fine di migliorare misurazione, il monitoraggio e la condivisione delle conoscenze e delle migliori pratiche sulla povertà energetica negli Stati membri dell'Ue. Per approfondimenti, si rinvia a H. THOMSON-S. BOUZAROVSKI, *Addressing Energy Poverty in the European Union: State of Play and Action*. Contract number: ENER/B3/SER/2015-507/SI2.742529 Concerning the EU Energy Poverty Observatory. EU Energy Poverty Observatory, EU Commission. April 2019. La missione dell'Osservatorio è stata tramandata al c.d. *Energy Poverty Advisory Hub* dell'Unione europea, che mira a creare una rete di attori interessati a contrastare la povertà energetica a livello europeo. Cfr. European Commission, *Energy Poverty Advisory Hub Leaflet*. 08.12.2021.

⁵ EUROSTAT, [7% of EU population unable to keep home warm in 2021](#), Published on 15.05.2023.

(5,2%) o del Portogallo (5,3%)⁶. In sintesi, per quanto sia multiforme, la povertà energetica riguarda tutti gli Stati membri.

Da qui l'interesse per l'analisi delle politiche e degli strumenti con cui l'Unione europea cerca di contrastare il fenomeno in base a una duplice declinazione del principio di solidarietà. Nel paragrafo 2 si identificano le disposizioni del diritto primario che da un canto riguardano il settore energetico e l'equilibrio di rapporti interstatali, dall'altro rivelano le tensioni sottostanti all'impegno dell'Ue per la tutela dei diritti sociali. A tal riguardo, si propone la possibilità di desumere un vero e proprio diritto all'accesso all'energia nell'ordinamento sovranazionale. Nella cornice del diritto primario, il paragrafo 3 esamina le misure specifiche di contrasto, cercando di rilevare un percorso evolutivo di cui l'insieme degli strumenti messi in azione per affrontare le conseguenze energetiche del conflitto armato in Ucraina costituiscono la fase più recente. In sintesi, si cerca di verificare se le politiche e le misure adottate dall'Unione riescano, da una parte, a rafforzare la solidarietà tra gli Stati membri, dall'altra parte, a tutelare coloro che versano in condizioni di povertà energetica.

2. La duplice declinazione del principio di solidarietà in materia energetica

2.1. Il settore energetico nei Trattati e «lo spirito di solidarietà tra Stati membri»

Pur avendo trovato esplicito riferimento prima nel Trattato del 1951 sulla Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio, poi nel Trattato del 1957 sulla Comunità Europea dell'Energia Atomica, il settore energetico non era stato *sistematicamente* regolato nei primi decenni dell'integrazione⁷. Varie ragioni spiegano l'assenza di una regolamentazione onnicomprensiva a livello europeo. Da una prospettiva pratica, l'efficace funzionamento del mercato dell'energia dipende fortemente dalla presenza di adeguate infrastrutture, in Europa, invece, i mercati dell'energia erano stati costruiti in base a infrastrutture progettate per coprire solo il territorio nazionale, che non provvedevano dei necessari collegamenti

⁶ EUROSTAT, [Arrears on utility bills - EU-SILC survey](#), Last update on 10.05.2023.

⁷ Per un'analisi storica del settore energetico, si rinvia a K. TALUS, *EU Energy Law and Policy: A Critical Account*. Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 15-65.

interstatali. Alle difficoltà fisiche del mercato si aggiungeva il continuo confronto fra le istituzioni europee e gli Stati membri sulla suddivisione delle competenze. Ritenendo che il settore energetico fosse di importanza chiave per garantire la sicurezza nazionale, gli Stati membri si erano a lungo astenuti da concedere competenze a livello sovranazionale⁸.

Infine, è stato il Trattato di Lisbona a introdurre disposizioni specifiche nel settore energetico. L'Art. 4 (2) lett. i) del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) colloca l'energia tra i settori di competenze concorrenti, circoscrivendo l'esercizio della competenza degli Stati membri nella misura in cui l'Unione europea non ha esercitato la propria⁹. Conformemente, l'Art. 194 TFUE stabilisce gli obiettivi e i limiti della politica dell'Ue e le procedure legislative da seguire. Più nello specifico, l'attività dell'Unione mira a garantire il funzionamento del mercato dell'energia e la sicurezza dell'approvvigionamento energetico nell'Unione, nonché a promuovere il risparmio energetico, l'efficienza energetica, lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili, e l'interconnessione delle reti energetiche. La stessa disposizione esplicita che tali obiettivi devono essere raggiunti «in uno spirito di solidarietà tra Stati membri» nel contesto del mercato interno e con riguardo alla tutela dell'ambiente¹⁰.

Considerato che il concetto di solidarietà compare in molteplici norme primarie¹¹, ci si potrebbe porre il quesito di che cosa comporti «lo spirito di solidarietà» nel

⁸ K. HUHTA, *The Scope of State Sovereignty under Article 194(2) TFEU and the Evolution of EU Competences in the Energy Sector*, in *International and Comparative Law Quarterly*, v. 70, 2021, n. 4, p. 991 ss.

⁹ K. TALUS, *Introduction to EU Energy Law*. Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 7-14.

¹⁰ L. HANCHER-F. M. SALERNO, *Energy Policy after Lisbon*, in A. BIONDI (a cura di), *EU Law After Lisbon*. Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 367-402.

¹¹ A titolo di esempio, nell'Art. 2 del Trattato sull'Unione Europea (TUE) essa appare quale valore fondamentale, mentre l'Art. 3 (3) TUE promuove la solidarietà interstatale quale obiettivo delle politiche nei settori di integrazione. L'Art. 122 TFUE stabilisce che «lo spirito di solidarietà» deve condurre il Consiglio nell'adozione delle misure adeguate alla situazione economica, «in particolare qualora sorgano gravi difficoltà nell'approvvigionamento di determinati prodotti, in particolare nel settore dell'energia». L'Art. 222 TFUE, ovvero la c.d. Clausola di Solidarietà regola le azioni dell'Ue e degli Stati membri in caso di attacco terroristico, calamità naturale o provocata dall'uomo. Per un'analisi generica v. M. ROSS-Y. BORGMANN-PREBIL *Promoting European Solidarity: Between Rhetoric and Reality?*, in M. ROSS-

settore dell'energia. In tale ottica, il principio di leale cooperazione di cui all'Art. 4 (3) TUE può fornire una chiave di lettura utile, dando risalto alla dimensione istituzionale del concetto. Il principio prevede il raggiungimento degli obiettivi dell'integrazione tramite la costruzione di solidi rapporti tra le istituzioni dell'Ue, gli Stati membri e le terze parti, che presuppone l'atteggiamento solidale degli attori¹². Le strategie adottate dal 2010 rispecchiano tale lettura nel settore energetico, circoscrivendo il concetto in termini assai programmatici. Dalla congiunta lettura della Comunicazione *Energia 2020. Una strategia per un'energia competitiva, sostenibile e sicura*, il Pacchetto sull'Unione dell'Energia e il Pacchetto *Energia pulita per tutti gli europei*, emergerebbe una visione di solidarietà basata sullo sviluppo di interazioni efficaci tra gli Stati membri in caso di crisi e sulla diffusione di infrastrutture transfrontaliere in tutta l'Ue¹³.

La recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Ue mette alla luce l'efficacia del principio di solidarietà nel settore energetico. Nella causa C-848/19 P, la Corte ha avuto modo di pronunciarsi sulla natura giuridica del principio¹⁴, affermando che esso è sotteso all'intero assetto giuridico sovranazionale ed è strettamente connesso al principio di leale cooperazione¹⁵. Pertanto, «nulla permette di ritenere

Y. BORGMANN-PREBIL (a cura di), *Promoting Solidarity in the European Union*. Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 1-22.

¹² K. TOMASZEWSKI, *Energy solidarity in the European Union in the context of the particular interests of the Member States*, in *Energy Policy Journal*, vol. 21, n. 2, 2018, pp. 5-18.

¹³ Cfr. Commissione europea, *Energia 2020. Una strategia per un'energia competitiva, sostenibile e sicura*, Bruxelles, 14.1.2011 COM (2010) 639 definitivo/3, p. 11., *Una strategia quadro per un'Unione dell'energia resiliente, corredata da una politica lungimirante in materia di cambiamenti climatici*, Bruxelles, 25.2.2015 COM (2015) 80 final, p. 2., *Rapporto sul Pacchetto Energia pulita per tutti gli europei*, Lussemburgo, marzo 2019, pp. 12-13. Inoltre, un meccanismo di solidarietà interstatale nel settore energetico è previsto dall'Art. 13 del Regolamento (UE) 2017/1938 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2017 concernente misure volte a garantire la sicurezza dell'approvvigionamento di gas e che abroga il regolamento (UE) n. 994/2010.

¹⁴ La sentenza del 15 luglio 2021 ha concluso un lungo contenzioso avviato dalla Polonia per annullare la decisione del 28 ottobre 2016 della Commissione sul funzionamento del gasdotto OPAL in quanto tale decisione viola il principio di solidarietà energetica. In questa sede non è possibile fornire un'analisi completa del contenzioso, in cui sono stati coinvolti anche i Paesi baltici, e fornitori esteri, per la quale cfr. A. BOUTE, *The Principle of Solidarity and the Geopolitics of Energy: Poland v. Commission (OPAL Pipeline)*, in *Common Market Law Review*, v. 57, 2020, n. 3, pp. 889-914, M. RYŚ, *The principle of energy solidarity clarified: a certain way to uncertainty*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, v. 71, 2022, pp. 149-167.

¹⁵ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 15 luglio 2021, Causa C-791/19, *Commissione europea v. Repubblica di Polonia*, ECLI:EU:C:2021:596, par. 41.

che il principio di solidarietà enunciato all'articolo 194, paragrafo 1, TFUE non possa, come tale, produrre effetti giuridici vincolanti per gli Stati membri e le istituzioni dell'Unione»¹⁶. Detto principio comporta un obbligo generale al di fuori delle fattispecie previste dall'Art. 222 TFUE, e la sua applicazione implica che «le istituzioni dell'Unione e gli Stati membri sono tenuti a prendere in considerazione, nell'attuazione di tale politica, tanto gli interessi dell'Unione quanto quelli dei diversi Stati membri potenzialmente riguardati, e a procedere a un bilanciamento tra tali interessi in caso di conflitti»¹⁷.

Il principio di solidarietà di cui all'Art. 194 (1) TFUE, dunque, non è un concetto puramente politico, bensì un principio giuridico di natura «costituzionale» che «deve permeare gli obiettivi della politica energetica dell'Unione e favorirne l'attuazione»¹⁸. In sintesi, la recente giurisprudenza della Corte di Giustizia corrobora l'importanza della solidarietà energetica, quale principio vincolante del diritto dell'Ue, che riguarda innanzitutto le relazioni fra gli Stati membri. Tuttavia, l'impegno sociale sempre più marcato dell'Ue fa emergere il quesito se la dimensione interstatale della solidarietà possa essere integrata con una dimensione che riguarda l'individuo, come titolare dei diritti sociali e principale destinatario delle relative politiche messe in atto. In tale prospettiva, occorre esplorare il percorso evolutivo che ha portato al riconoscimento di una vasta gamma di diritti sociali. Ulteriormente, si cerca di configurare l'esistenza di un diritto all'accesso all'energia nel sistema dei diritti fondamentali dell'Ue.

2.2. Accesso all'energia nel prisma della dimensione sociale del principio di solidarietà

¹⁶ Sentenza della Corte del 15 luglio 2021, *Commissione europea v. Repubblica di Polonia*, par. 43-44.

¹⁷ Sentenza della Corte del 15 luglio 2021, *Commissione europea v. Repubblica di Polonia*, par. 73.

¹⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale M C. Sánchez-Bordona, presentate il 18 marzo 2021, par. 76, ove si continua: «la solidarietà energetica non può essere identificata con la mera sicurezza energetica (o «sicurezza dell'approvvigionamento energetico»), che è solo una delle sue manifestazioni». Sulla natura costituzionale del principio cfr. il par. 103 delle conclusioni dell'AG M. C. Sánchez-Bordona e i par. 33-34 delle conclusioni dell'AG P. Mengozzi presentate il 26 luglio 2017 nella causa *Eni SpA e a. contro Premier ministre e Ministre de l'Environnement, de l'Énergie et de la Mer*, C-226/16, ECLI:EU:C:2017:616.

Oggi nessuno mette in dubbio l'impegno dell'UE per la tutela dei diritti fondamentali nelle sue politiche interne ed esterne. Tuttavia, lo sviluppo delle competenze sovranazionali in questo campo non è stato e non deve essere inteso come un percorso lineare dall'assenza di disposizioni esplicite nei Trattati alla creazione del sistema odierno. Al contrario, l'emergere e il consolidarsi della tutela dei diritti fondamentali dell'UE possono essere concepiti come il risultato di un dialogo costante, spesso conflittuale, tra molteplici attori giudiziari e politici¹⁹. Tali dinamiche fra le varie istituzioni europee e nazionali hanno avuto ripercussioni sia sul piano giurisdizionale sia su quello normativo. Dall'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE (CGUE) e dal graduale inserimento dei riferimenti nei Trattati emerge l'odierna cornice sovranazionale della tutela dei diritti fondamentali, un sistema di elevata complessità che si evolve mediante reciproci punti di riferimento tra i Giudici di Lussemburgo, le corti nazionali (costituzionali e ordinarie) e la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo²⁰.

Al centro di tale sistema si colloca la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Ue, che si aggancia sia alla rete di protezione delle norme costituzionali degli Stati membri che agli strumenti del diritto internazionale²¹. Per quanto riguarda la tutela dei diritti sociali, dalla congiunta lettura del quadro normativo vigente e della giurisprudenza della Corte di Giustizia, emergerebbe una visione composita dell'individuo, che non si configurerebbe più solo come cittadino-manodopera che stabilendosi in un altro Stato membro esercita la libertà di circolazione, ma anche come titolare di una serie di garanzie minime universali riguardo alle sfere sociali²².

¹⁹ Cfr. J. WOUTERS-M. OVÁDEK, *The European Union and Human Rights*. Oxford University Press, Oxford, 2021, pp. 1-26; G. DE BÚRCA, *The Evolution of EU Human Rights Law*, in P. CRAIG-G. DE BÚRCA (a cura di), *The Evolution of EU Law*. 3rd edition. Oxford University Press, Oxford, 2021, p. 480 ss.

²⁰ Autorevole dottrina ha definito «multilivello» il sistema di tutela dei diritti fondamentali, frutto dei complessi rapporti fra le varie Corti operanti in base a parametri di giudizio diversi. Per approfondimenti, si rinvia a E. MALFATTI, *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*. 3^a Ed. Giappichelli, Torino, 2018, p. 199 ss.; pp. 297-309.

²¹ F. FABBRINI, *Fundamental rights in Europe: challenges and transformations in comparative perspective*. Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 6 ss.

²² Cfr. B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*. Giuffrè, Milano, 2001, p. 156 ss; R. O'GORMAN, *The ECHR, the EU and the Weakness of Social Rights Protection at the European Level*, in *German Law Journal*, v. 12, 2011, n. 10, p. 1835 ss;

Oggi, dunque, si percepisce una tensione fra la figura tradizionale del «market citizen», tuttora presente nella dialettica del mercato interno²³, e la raffigurazione dell'individuo che, a prescindere dal fatto di essere cittadino dell'Unione, gode di una serie di diritti fondamentali che lo stesso ordinamento gli riconosce²⁴. Per inquadrare l'impegno sociale dell'Unione, bisogna completare l'analisi del concetto di solidarietà interstatale con una chiave di lettura integrata, alla luce degli artt. 2 e 3 TUE e nel Capo IV della Carta.

Autorevole dottrina ha dedicato estensiva analisi ai valori fondanti di cui all'art. 2 TUE²⁵; perciò, in questa sede ci si limita a ribadire che, ai sensi di tale norma, la solidarietà si atteggia come valore trasversale che, in rapporto di interdipendenza con gli altri valori fondanti dell'UE, è un criterio per valutare la sussistenza di presupposti per avviare la procedura di cui all'Art. 7 TUE. Oltre al ruolo di canone di conformità per l'azione degli Stati membri, la solidarietà deve permeare le politiche dell'Unione stessa nelle varie aree dell'integrazione²⁶. In tale ottica, l'Art. 3 TUE stabilisce un triplice mandato dell'Ue corrispondente alla triplice raffigurazione del concetto: l'impegno dell'Ue è rivolto a promuovere la dimensione tra Stati membri (par. 3, co. 3), quella tra le generazioni (par. 3, co. 2), e, nel campo d'azione esterno, quella tra i popoli (par. 5)²⁷. Inoltre, dal Capo IV della Carta emergerebbe un ulteriore profilo del concetto che, circoscrivendo il legame

B. DE WITTE, *The Trajectory of Fundamental Social Rights in the European Union*, in G. DE BÚRCA-B. DE WITTE (a cura di), *Social Rights in Europe*. Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 154 ss.

²³ M. VAN DEN BRINK, *The Problem with Market Citizenship and the Beauty of Free Movement*, in D. KOCHENOV et al. (a cura di), *The Internal Market and the Future of European Integration. Essays in Honour of Laurence W. Gormley*. Cambridge University Press, Cambridge, 2019, p. 249 ss.

²⁴ Questa tensione compare anche nel piano d'azione lanciato dalla Commissione al fine di implementare il pilastro europeo dei diritti sociali, in quanto il piano d'azione non sembra discostarsi dalla logica del mercato interno, al quale sarebbe funzionale la promozione dei diritti ivi sanciti. Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato Delle Regioni. Piano d'azione sul pilastro europeo dei diritti sociali*. Bruxelles, 4.3.2021. COM (2021) 102 final. pp. 24-25. Per una lettura critica, si rinvia a S. RAINONE-A. ALOISI, *Time to deliver? Assessing the Action Plan on the European Pillar of Social Rights*. ETUI Policy Brief. Brussels, 08.2021.

²⁵ J. WOUTERS, *Revisiting Art. 2 TEU: A True Union of Values?*, in *European Papers*, v. 5, 2020, n. 1, Issue on *Re-conceptualizing Authority and Legitimacy in the EU*, pp. 255-277.

²⁶ M. ROSS, *Solidarity – A New Constitutional Paradigm for the EU?*, cit., p. 23 ss.

²⁷ C. BARNARD, *Solidarity and the Commission's 'Renewed Social Agenda*, M. ROSS- Y. BORGMANN-PREBIL (a cura di), *Promoting Solidarity in the European Union*. cit, p. 74 ss.

fra l'Unione stessa e l'individuo, fornirebbe la dimensione rilevante per la costruzione di un diritto all'accesso all'energia nell'ordinamento sovranazionale.

Nel Capo IV, intitolato *Solidarietà*, della Carta sono raggruppati una serie di diritti sociali che riguardano i vari rapporti nelle sfere di lavoro, la vita privata e familiare, la sicurezza e l'assistenza sociali, la tutela della salute, dell'ambiente e dei consumatori²⁸. Visto che oggigiorno l'accesso ai servizi energetici è diventato quasi indispensabile in tutte le aree della vita, si può affermare che la maggior parte di questi diritti siano "energeticamente condizionati", ovvero il pieno godimento e l'esercizio dei medesimi sia condizionato dall'accesso all'energia da parte dei rispettivi titolari²⁹. A titolo di esempio, l'Art. 31 (1) stabilisce il diritto di ogni lavoratore a «condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose», mentre l'Art. 32 prevede una protezione rafforzata per i giovani, condizionando il loro impiego a garanzie aggiuntive rispetto agli adulti, come l'obbligo di assicurare condizioni di lavoro appropriate all'età che tutelino la loro sicurezza, la salute e lo sviluppo. Nell'era della digitalizzazione, infatti, sembra impossibile garantire tali condizioni di lavoro, per i lavoratori in generale e per i giovani in particolare, senza l'approvvigionamento delle necessarie fonti e reti di energia nel posto di lavoro.

Ai fini del presente discorso, ruolo centrale riveste l'Art. 34 (3) che pone in capo all'Unione l'obbligo di riconoscere e rispettare il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa al fine di «garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti». Tale norma collega la dignità umana, proclamata dall'Art. 1 della Carta, con l'obiettivo di lottare contro l'esclusione sociale e la povertà, a cui devono mirare le politiche e le azioni dell'Unione. Nella pretesa di vivere ad un tenore di vita adeguato, infatti, è sottinteso l'accesso all'elettricità, l'acqua corrente, il riscaldamento e l'aria condizionata. Strettamente correlato all'Art. 34 sono sia l'Art. 36 che proclama il riconoscimento e il rispetto

²⁸ S. DOUGLAS-SCOTT, *The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon*, in *Human Rights Law Review*, v. 11, 2011, n. 4, p. 650 ss. Per un'analisi approfondita dei singoli articoli, si rinvia a S. PEERS et al. (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*. Hart, Oxford Portland, 2014.

²⁹ S. R. TULLY, *The Contribution of Human Rights to Universal Energy Access*, in *Northwestern Journal of International Human Rights*, v. 4, 2006, n. 3, p. 525 ss.

per l'accesso ai servizi di interesse economico generale con lo scopo ulteriore di promuovere la coesione sociale e territoriale all'interno dell'Ue³⁰, che l'Art. 33 sulla protezione sociale della famiglia.

In aggiunta, l'Art. 35 è di pari importanza. Quest'ultimo, in primo luogo, riconosce il diritto di ognuno alla cura della salute, comprendendo il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche. Nella tutela della salute, l'accesso all'energia giocherebbe un ruolo centrale sotto vari aspetti. Si pensi, ad esempio, al sufficiente riscaldamento della propria abitazione nei mesi invernali o all'approvvigionamento energetico necessario per il corretto funzionamento degli apparati tecnici ospedalieri. In secondo luogo, l'Art. 35 pone in capo all'Unione l'obbligo di garantire un «livello elevato di protezione della salute umana» nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche e attività, comprese, quindi, anche quelle che riguardano il settore energetico. Ai sensi dell'Art. 37, il criterio di integrare nelle politiche europee un alto livello di tutela non riguarda solo la salute umana ma anche l'ambiente e il miglioramento della sua qualità, in conformità con il principio dello sviluppo sostenibile. Dalle politiche europee, infatti, emergerebbe un approccio olistico di promuovere assieme la transizione energetica e la transizione ecologica, rispecchiata anche nelle misure di contrasto alla povertà energetica, analizzate successivamente. Infine, l'accesso all'energia sarebbe sottinteso anche nell'Art. 38 che contempla l'obbligo di garantire un livello elevato di protezione dei consumatori nelle politiche sovranazionali. In tale ottica, la definizione di clienti vulnerabili bisognosi di specifica tutela costituisce un elemento chiave delle politiche messe in atto nel settore energetico, di cui si dirà nel prosieguo.

In sintesi, le disposizioni della Carta citate di sopra sarebbero di importanza fondamentale per la costruzione di un diritto all'accesso all'energia. Considerato che l'ordinamento dell'UE è un sistema di tutela multilivello, bisogna integrare l'analisi con ulteriori considerazioni in base alla congiunta lettura del Preambolo e del Capo VII della Carta, e dell'Art. 6 TUE. Occorre ricordare che la Carta non

³⁰ Cfr. il Protocollo (n. 26) sui servizi di interesse generale del TFUE.

riconosce né introduce nuovi diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Ue, bensì riafferma quelli già esistenti che derivano da una molteplicità di fonti, quali le tradizioni costituzionali e gli obblighi internazionali comuni agli Stati membri e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) *in primis*, nonché i Trattati istitutivi, le carte sociali adottate in seno all'Ue e il Consiglio d'Europa, e la giurisprudenza della CGUE e della Corte di Strasburgo³¹. A tal riguardo, si cerca di verificare se un diritto all'accesso all'energia potrebbe eventualmente trovare fondamento negli obblighi di diritto internazionale, soprattutto negli strumenti di tutela di diritti umani, a cui sono sottoscritti tutti gli Stati membri³².

In tale ottica, ruolo centrale assume il Patto Internazionale Relativo ai Diritti Economici, Sociali e Culturali del 1966 (Patto). Ai fini del presente discorso, occorre soffermarsi sull'Art. 11 che stabilisce il diritto di ogni individuo a un adeguato tenore di vita per sé e per la propria famiglia che comprende «un'alimentazione, un vestiario, ed un alloggio adeguati, nonché il miglioramento continuo delle proprie condizioni di vita»³³. Il diritto a un'abitazione adeguata, quale dimensione del diritto a un adeguato tenore di vita, comprende il diritto di ognuno a vivere in sicurezza, pace e dignità a prescindere dalle proprie risorse economiche. Il concetto di adeguatezza indica l'insieme di servizi, materiali e infrastrutture che

³¹ Cfr. K. LENAERTS-J. A. GUTIÉRREZ-FONS, *The Place of the Charter in the EU Constitutional Edifice*, in S. PEERS et al. (a cura di), *op. cit.*, pp. 1559-1594; A. ROSAS, *The Charter and Universal Human Rights Instruments*, nello stesso Volume, pp. 1685-1702.

³² La restrizione del campo di analisi è motivata anche dall'importanza data all'accesso all'energia nel contesto dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, proclamata dall'Organizzazione delle Nazioni Unite nel 2015. Adottando un approccio basato sui diritti umani per interpretare l'obiettivo n. 7, la dottrina ha ipotizzato la costruzione di un diritto all'accesso all'energia a livello internazionale. Cfr. C-W. SHYU, *A framework for 'right to energy' to meet UN SDG7: Policy implications to meet basic human energy needs, eradicate energy poverty, enhance energy justice, and uphold energy democracy*, in *Energy Research & Social Science*, v. 79, 2021, n. 3. Riguardo agli ordinamenti costituzionali nazionali, un diritto all'accesso all'energia può essere ricavato, ad esempio, dalla congiunta lettura dagli artt. 2, 3 e 43 della Costituzione italiana, come suggerito da M. GRECO, *Prime note sulla dimensione costituzionale della povertà energetica*, in *questa Rivista*.

³³ Similmente alla maggioranza degli altri diritti proclamati, tale diritto ha una *ratione personae* universale, in quanto è riconosciuto a ogni individuo. L'Art. 11 pone in capo agli Stati contraenti l'obbligo di adottare le misure ritenute più congrue per il pieno godimento del diritto a prescindere dal rispettivo livello di sviluppo. V. Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *General comment No. 4: The right to adequate housing (art. 11 (1) of the Covenant)*. Sixth Session (1991), E/1992/23.

garantiscono un minimo livello di esistenza dignitosa, tra cui quelli legati all'utilizzo di fonti di energia³⁴. Considerato che i rispettivi obblighi di cui all'Art. 2 del Patto incombono su ogni Stato membro dell'Unione europea³⁵, l'Art. 11, in congiunta lettura con altri articoli³⁶, potrebbe costituire un'ulteriore base giuridica per un diritto all'accesso all'energia anche nell'ordinamento dell'Ue.

In sintesi, dal diritto dell'Unione, quale sistema di tutela multilivello e composito, si potrebbe desumere il riconoscimento di un diritto all'accesso all'energia. Un tale diritto comprenderebbe la tutela e la promozione dell'accesso effettivo ed equo a un bene giuridico complesso, ovvero l'energia, nelle sue varie forme³⁷. Riguardo alla sua *ratione personae*, si promuoverebbe uno scopo universale, ai sensi del quale un minimo livello di accesso ai servizi energetici essenziali per un'esistenza dignitosa dovrebbe essere garantito a tutti³⁸. L'approccio basato sui diritti umani, in congiunta lettura con i valori fondanti di solidarietà e uguaglianza di cui all'Art. 2 TUE, svolgerebbe un ruolo importante anche nell'adozione delle politiche e delle misure di contrasto alla povertà energetica, in quanto permetterebbe di interpretare il fenomeno come una forma di deprivazione di accesso ai servizi energetici che comporta situazioni di disuguaglianza nelle società europee³⁹. In tale ottica, gli

³⁴ *Ivi*, p. 2. Cfr. S. R. TULLY, *op. cit.*, p. 538 ss.

³⁵ CESCR, *General comment No. 3: The nature of States parties' obligations (art. 2 (1) of the Covenant)*. Fifth Session (1990), E/1991/23. Cfr. A. KUCS et al., *The Right to Housing: International, European and National Perspectives*, in *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, v. 64, 2008, p. 118 ss; M. KOLOCEK, *The Human Right to Housing in the 27 Member States of the European Union*, in *European Journal of Homelessness*, v. 7, 2013, n. 1, pp. 135-154.

³⁶ Ai fini del discorso, sarebbero rilevanti l'Art. 7 b) sulla sicurezza e l'igiene del lavoro nell'ambito del diritto a giuste e favorevoli condizioni di lavoro; l'Art. 9 sulla protezione e assistenza della famiglia; l'Art. 12 sul diritto a godere delle migliori condizioni di salute fisica e mentale. Cfr. A. J. BRADBROOK-J. G. GARDAM, *Placing Access to Energy Services within a Human Rights Framework*, in *Human Rights Quarterly*, v. 28, 2006, p. 404 ss.

³⁷ Cfr. G. WALKER, *The Right to Energy: Meaning, Specification and the Politics of Definition*, in *L'Europe en formation*, n. 378, Winter 2015, p. 28 ss; A. J. BRADBROOK, J. G. GARDAM, *op. cit.*, p. 409 ss. Con riguardo all'elettricità, v. L. LÖFQUIST, *Is there a universal human right to electricity?*, in *The International Journal of Human Rights*, v. 24, 2020, n. 6, pp. 711-723.

³⁸ S. R. TULLY, *op. cit.*, p. 532 ss.

³⁹ A livello internazionale, partendo dal riferimento alla «libertà dal bisogno» nel Preambolo della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, è pacifico che la povertà sia interconnessa con la promozione dei diritti umani. Cfr. M. E. SALOMON, *Global Responsibility for Human Rights. World Poverty and the Development of International Law*. Oxford University Press, New York, 2007, p. 47 ss. A livello europeo, del nesso fra povertà energetica e un diritto all'accesso all'energia sembra essere cosciente il Parlamento europeo. Cfr. Parlamento europeo, *Un «new deal» per i*

obblighi dell'Unione stabiliti dagli Artt. 4 (2) lett. i) e 194 TFUE sarebbero finalizzati a stabilire un minimo livello di omogeneità nell'accesso ai servizi energetici, da garantire in tutti gli Stati membri. Per quanto riguarda gli obblighi di questi ultimi, invece, il riconoscimento di un diritto all'energia servirebbe come ulteriore criterio per esaminare l'adempimento degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione. Con questa chiave di lettura si cerca di interpretare le politiche e le misure messe in atto dall'Ue per contrastare la povertà energetica, di cui si offre un'analisi nel seguente capitolo.

3. Politiche e misure di contrasto alla povertà energetica

3.1. Dall'efficienza energetica alla transizione ecologica: gli strumenti di contrasto

Negli ultimi anni l'Unione europea ha prestato sempre maggiore attenzione alla povertà energetica, includendola in una serie di proposte legislative presentate e in seguito adottate nell'ambito delle politiche di efficienza energetica, decarbonizzazione e transizione verso l'energia pulita⁴⁰. Più nello specifico, il terzo pacchetto del settore energetico, approvato nel 2009 hanno introdotto disposizioni relative al fenomeno nelle politiche europee. Sia la Direttiva 2009/72/EC sull'energia elettrica che la Direttiva 2009/73/EC sulle norme comuni per il mercato interno del gas naturale hanno sollecitato gli Stati membri ad adottare misure adeguate, piani nazionali di azione *in primis*, per tutelare i clienti vulnerabili e fornire un sostegno ai miglioramenti in termini di efficienza energetica «al fine di

*consumatori di energia. Risoluzione del Parlamento europeo del 26 maggio 2016 su un «new deal» per i consumatori di energia (2015/2323(INI)) (2018/C 076/15), ove si legge «34. [Il Parlamento] chiede un coordinamento rafforzato a livello dell'UE per combattere la povertà energetica attraverso la condivisione delle migliori prassi degli Stati membri e lo sviluppo di una definizione ampia, comune di povertà energetica, concentrandosi sull'idea che **l'accesso all'energia a prezzi accessibili rappresenta un diritto sociale fondamentale**».* [Enfasi aggiunta]

⁴⁰ Per un'analisi recente delle politiche ambientali dell'Ue, v. A. JORDAN-V. GRAVEY, *Environmental Policy in the EU. Actors, Institutions and Processes*. 4th Ed. Routledge, London, 2021. Nello specifico, v. il contributo di R. STEURER, *Is the EU still committed to developing more sustainably?* pp. 279-299.

affrontare la povertà energetica ove riscontrata, compreso nel contesto più ampio di povertà»⁴¹.

Di seguito, è il pacchetto *Energia pulita per tutti gli europei* a contenere varie proposte con disposizioni specifiche sulla povertà energetica per agevolare una transizione energetica giusta. In primo luogo, il Regolamento (UE) 2018/1999 sulla *governance* dell'Unione dell'energia ha introdotto una novità importante, obbligando gli Stati membri a valutare il numero delle famiglie in condizioni di povertà energetica nei piani nazionali integrati per l'energia e il clima. Qualora si riscontrino la presenza di un numero elevato di tali famiglie, il piano nazionale deve includere «le eventuali politiche e misure che affrontano la povertà energetica, comprese misure di politica sociale e altri programmi nazionali pertinenti»⁴².

Tale obbligo viene ribadito anche dalla Direttiva (UE) 2019/944 sulle norme comuni del mercato interno dell'energia elettrica. L'Art. 29 sulla povertà energetica prevede che la Commissione fornisce orientamenti sulla definizione di «numero significativo di famiglie in condizioni di povertà energetica», in base ai quali Stati membri stabiliscono e pubblicano una serie di criteri per ottenere una corretta valutazione⁴³. Per adempiere all'obbligo di fornire gli indicatori ai fini di tale valutazione, la Commissione ha pubblicato la Raccomandazione (UE) 2020/1563 sulla povertà energetica, in cui sollecita gli Stati membri a definire politiche e misure di contrasto al fenomeno coinvolgendo i vari portatori di interessi e

⁴¹ Cfr. Art. 3 (8) della Direttiva 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2003/54/CE, Art. 3 (4) della Direttiva 2009/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 2003/55/CE.

⁴² Art. 3. (3) d) del Regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 sulla *governance* dell'Unione dell'energia e dell'azione per il clima che modifica le direttive (CE) n. 663/2009 e (CE) n. 715/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, le direttive 94/22/CE, 98/70/CE, 2009/31/CE, 2009/73/CE, 2010/31/UE, 2012/27/UE e 2013/30/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, le direttive del Consiglio 2009/119/CE e (UE) 2015/652 e che abroga il regolamento (UE) n. 525/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio.

⁴³ Art. 29 della Direttiva (UE) 2019/944 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 giugno 2019 relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che modifica la direttiva 2012/27/UE.

promuovendo una stretta cooperazione fra tutti i livelli amministrativi, il settore privato e la società civile⁴⁴.

In terzo luogo, la Direttiva (UE) 2018/2002 richiama l'attenzione all'importanza del miglioramento dell'efficienza energetica⁴⁵. Essa prevede che, elaborando le misure politiche per realizzare i risparmi di energia, gli Stati membri devono tener conto dell'esigenza di alleviare la povertà energetica e imporre che una parte delle misure di efficienza energetica sia attuata in via prioritaria presso le famiglie vulnerabili, comprese quelle che versano in condizioni di povertà energetica⁴⁶. L'importanza del miglioramento dell'efficienza energetica è rinvenibile anche nella Direttiva (UE) 2018/844, ai sensi della quale ogni Stato membro stabilisce una strategia a lungo termine per sostenere la ristrutturazione del parco nazionale di edifici residenziali e no, pubblici e privati, che comprende una panoramica di azioni che contribuiscono ad alleviare la povertà energetica⁴⁷.

Dare impulso a lavori di ristrutturazioni è uno degli elementi strategici del *Green Deal* europeo, programma proposto dalla Commissione nel dicembre 2019⁴⁸. La c.d. «ondata di ristrutturazioni» non contribuisce solo a mitigare i cambiamenti climatici tramite la riduzione delle emissioni, ma fa fronte anche alla povertà energetica prendendo di mira gli edifici con le prestazioni energetiche peggiori⁴⁹. Il

⁴⁴ Punti (5)-(6) della Raccomandazione (UE) 2020/1563 della Commissione del 14 ottobre 2020 sulla povertà energetica.

⁴⁵ Considerando (1), (23), (24) della Direttiva (UE) 2018/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 che modifica la direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica.

⁴⁶ Art. 7 (11) della Direttiva (UE) 2018/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 che modifica la direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica.

⁴⁷ Art. 2 bis (1) della Direttiva (UE) 2018/844 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2018 che modifica la direttiva 2010/31/UE sulla prestazione energetica nell'edilizia e la direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica.

⁴⁸ Sull'importanza del *Green Deal*, quale portatore di un cambiamento di paradigma nelle politiche ambientali europee si rinvia a E. CHITI, *Verso una sostenibilità plurale? La forza trasformatrice del Green Deal e la direzione del cambiamento giuridico*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 2021, n. 3, pp. 130-148.

⁴⁹ Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni: il Green Deal europeo*. Bruxelles, 11.12.2019. COM (2019) 640 final. p. 7. La lotta alla povertà energetica compare anche in relazione all'obiettivo di raggiungere la neutralità climatica prevista dalla c.d. Normativa europea sul clima. Cfr. Regolamento (UE) 2021/1119 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 giugno 2021 che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (CE) n. 401/2009 e il regolamento (UE) 2018/1999.

ruolo di primo piano dell'ondata di ristrutturazioni è confermato anche dal programma *Next Generation EU*, strumento per la ripresa da 750 miliardi di EUR, presentato nel maggio 2020 per «guidare e costruire un'Europa più sostenibile, più resiliente e più giusta per la prossima generazione». Il sostegno normativo e finanziario per le ristrutturazioni mira a garantire fondi per una ripresa verde e sostenibile, permettendo così di ridurre la povertà energetica⁵⁰.

Sulle massime del *Green Deal* per una transizione verde ed equa si basa anche il pacchetto *Pronti per il 55%*. Si tratta di una serie di proposte legislative presentate nel luglio 2021 per realizzare gli obiettivi fissati nel quadro dell'Accordo di Parigi, ossia ridurre le emissioni nette almeno il 55% entro il 2030 rispetto ai livelli 1990 e raggiungere la neutralità climatica entro il 2050⁵¹. Il pacchetto contiene varie disposizioni ispirate da una dimensione prevalentemente sociale di solidarietà, tenendo conto anche degli interessi di coloro per i quali la transizione verde avrà delle ripercussioni sull'occupazione o sul reddito⁵². In questa ottica, elemento centrale del pacchetto è il nuovo Fondo sociale per il clima che mira a sostenere misure e investimenti a beneficio delle persone più esposte agli aumenti dei prezzi dei combustibili fossili durante la transizione verde⁵³. La proposta della Commissione fa esplicito riferimento all'obiettivo di far fronte alla povertà energetica, che viene ancor di più sottolineato negli emendamenti proposti dal Parlamento europeo⁵⁴.

⁵⁰ Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni: Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima Generazione*. Bruxelles, 27.5.2020. COM (2020) 456 final. pp. 7-8.

⁵¹ Per un'analisi generica, si rinvia a S. SCHLACKE et al., *Implementing the EU Climate Law via the 'Fit for 55' package*, in *Oxford Open Energy*, 2022, n. 1, pp. 1-13.

⁵² Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni: "Pronti per il 55 %": realizzare l'obiettivo climatico dell'UE per il 2030 lungo il cammino verso la neutralità climatica*. Bruxelles, 14.7.2021. COM (2021) 550 final. pp. 5-6.

⁵³ Commissione europea, *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il Fondo sociale per il clima*. Bruxelles, 14.7.2021. COM (2021) 568 final. 2021/0206 (COD).

⁵⁴ V., in primis, gli emendamenti proposti al Considerando (12), all'Art. 1 (4), all'Art. 2 (2) e all'Art. 4. Parlamento europeo, *Emendamenti del Parlamento europeo, approvati il 22 giugno 2022, alla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il Fondo sociale per il clima* (COM (2021)0568 – C9-0324/2021 – 2021/0206(COD)). Riguardo allo stato attuale, a

3.2. Manifestazioni di solidarietà alla luce del conflitto armato in Ucraina

In ultimo, occorre fare un breve cenno alle ripercussioni del conflitto armato in Ucraina sul settore energetico. Sin dall'inizio del conflitto, le istituzioni europee hanno elaborato diverse strategie e misure di contrasto per alleviare la dipendenza dell'Unione dalle importazioni di gas, petrolio e carbone dalla Russia. In aggiunta ai pacchetti di sanzione⁵⁵, varie misure si pongono l'obiettivo di rafforzare lo spirito di solidarietà interstatale di cui all'Art. 194 (1) TFUE. In secondo luogo, tali obiettivi sono integrati da ulteriori strumenti che, dando priorità agli aspetti sul piano socioeconomico, prevedono la tutela di coloro che sono maggiormente esposti ai cambiamenti dei prezzi del mercato e alle difficoltà di approvvigionamento del gas. Pilastro centrale delle misure è il Piano *REPowerEU*, presentato nel maggio 2022, che mira a ridurre celermente la dipendenza dai combustibili fossili russi accelerando la transizione verso l'energia pulita, prevista dal pacchetto *Energia pulita per tutti gli europei* e dal *Green Deal*. Tenendo conto dei diversi livelli di dipendenza, promuove lo spirito di solidarietà interstatale per giungere a un sistema energetico più resiliente e a una vera Unione dell'energia. Basandosi sulle proposte del pacchetto *Pronti per il 55%*, si propone di dare una spinta agli sforzi di stoccaggio e risparmio dell'energia e diversificare l'approvvigionamento tramite nuovi partenariati strategici⁵⁶. Inoltre, il Piano promuove una transizione equa per tutti verso la neutralità climatica e riconosce la necessità di misure mirate a ridurre al minimo la volatilità, tenere sotto controllo i prezzi e tutelare le persone in

dicembre 2022, il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Ue hanno raggiunto un accordo provvisorio per istituire il Fondo sociale. V. (in inglese) European Parliament, [Deal on establishing the Social Climate Fund to support the energy transition](#). Press release, 18.12.2022.

⁵⁵ Prendendo di mira innanzitutto attori del mercato, le sanzioni sono strumenti di chiave importanza nelle politiche per far fronte alle difficoltà emerse nell'approvvigionamento energetico dell'Unione. Per approfondimenti, v. S. PERDANA, et al., *European Economic impacts of cutting energy imports from Russia: A computable general equilibrium analysis*, in *Energy Strategy Reviews*, v. 44, 2022, pp. 1-15.

⁵⁶ Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni: Piano REPowerEU*. Bruxelles, 18.5.2022. COM (2022) 230 final.

condizioni o a rischio di povertà energetica⁵⁷, da cui si potrebbe desumere una dimensione sociale del principio di solidarietà.

Sulla scia del Piano *REPowerEU*, negli ultimi mesi vari regolamenti sono stati adottati al fine di rafforzare la resilienza energetica dell'Unione nel suo complesso e dei singoli Stati membri. I regolamenti fanno espresso richiamo allo spirito di solidarietà interstatale di cui all'Art. 194 TFUE, che si atteggia come un principio trasversale delle politiche europee adottate alla luce del conflitto armato⁵⁸. Da molteplici disposizioni emerge una lettura del principio, quale funzionale a stabilire obblighi nazionali di gestire gli impianti di stoccaggio del gas e di ridurre in generale la domanda di gas in tutta l'Unione⁵⁹. Mentre le misure adottate nei primi mesi hanno maggiormente mirato a fornire soluzioni rapide e di carattere emergenziale, nel marzo 2023, la Commissione ha lanciato una proposta per riformare l'assetto del mercato dell'energia elettrica dell'UE⁶⁰. In tale contesto, le due proposte di regolamento collegano i principali aspetti messi in rilievo dal conflitto armato; ovvero la necessità di accelerare la diffusione delle energie rinnovabili e la parallela eliminazione graduale del gas, lo scopo di rafforzare la tutela dei consumatori e quello di promuovere la competitività industriale⁶¹.

⁵⁷ *Ivi*, p. 11.

⁵⁸ Cfr. Regolamento (UE) 2022/1032 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 giugno 2022, che modifica i regolamenti (UE) 2017/1938 e (CE) n. 715/2009 per quanto riguarda lo stoccaggio del gas; Regolamento (UE) 2022/1369 del Consiglio del 5 agosto 2022 relativo a misure coordinate di riduzione della domanda di gas; Regolamento (UE) 2022/1854 del Consiglio del 6 ottobre 2022 relativo a un intervento di emergenza per far fronte ai prezzi elevati dell'energia; Regolamento (UE) 2022/2577 del Consiglio del 22 dicembre 2022 che istituisce il quadro per accelerare la diffusione delle energie rinnovabili.

⁵⁹ V., ad esempio, il Considerando (14) e l'Art. 1 del Regolamento (UE) 2022/1369 del Consiglio del 5 agosto 2022. Conformemente allo spirito di solidarietà, il Regolamento stabilisce norme per far fronte a una situazione di grave difficoltà nell'approvvigionamento di gas al fine di garantire la sicurezza del rifornimento nell'Unione.

⁶⁰ Commissione europea, [La Commissione propone di riformare l'assetto del mercato dell'energia elettrica dell'UE per dare una spinta alle rinnovabili, rafforzare la tutela dei consumatori e promuovere la competitività industriale](#). Comunicato stampa. Strasburgo, 14.03.2023. Come primo passo, lo stesso giorno la Commissione ha adottato la Raccomandazione sullo stoccaggio dell'energia: una base solida per un sistema energetico dell'UE sicuro e decarbonizzato (2023/C 103/01).

⁶¹ V. (in inglese) European Commission, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulations (EU) 2019/943 and (EU) 2019/942 as well as Directives (EU) 2018/2001 and (EU) 2019/944 to improve the Union's electricity market design*. Strasbourg, 14.3.2023. COM (2023) 148 final; *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council*

4. Rilievi conclusivi

Il presente contributo si è posto l'obiettivo di analizzare le politiche e le misure messe in atto dall'Unione europea per far fronte al fenomeno della povertà energetica in base a una duplice declinazione del principio di solidarietà nel settore energetico. A livello concettuale, si è cercato di proporre una definizione composita del principio di solidarietà, integrando la dimensione energetica interstatale sancita dall'Art. 194 TFUE con un'ulteriore dimensione sociale, in base alla congiunta lettura degli Artt. 2 e 3 TUE e il Capo IV della Carta dei Diritti Fondamentali. In tale ottica, si suggerisce di ricavare dal sistema di tutela multilivello dell'ordinamento dell'Ue le basi giuridiche per il riconoscimento di un diritto all'accesso all'energia, facendo ricorso anche agli ordinamenti costituzionale nazionali e al contesto più ampio segnato dagli ultimi sviluppi del diritto internazionale⁶². Il riconoscimento di un simile diritto sarebbe importante sia per garantire un minimo livello di omogeneità da garantire in tutta l'Unione in base al quale valutare l'adempimento degli obblighi derivanti dal diritto dell'Ue da parte degli Stati membri, che per dare una cornice teorica delle politiche e misure di contrasto alla povertà energetica che, al giorno d'oggi, sono rinvenibili in molteplici fonti di natura giuridica, indirizzo politico e ambito di applicazione tra di loro assai eterogenei⁶³.

amending Regulations (EU) No 1227/2011 and (EU) 2019/942 to improve the Union's protection against market manipulation in the wholesale energy market. Strasbourg, 14.3.2023. COM (2023) 147 final.

⁶² Per l'ipotesi del riconoscimento di un diritto all'accesso all'energia si potrebbe adottare un approccio basato sul diritto allo sviluppo. In tale ottica, l'approvazione di una Convenzione sul Diritto allo Sviluppo, per ora in forma di proposta presentata al Consiglio dei Diritti Umani, potrebbe giocare un ruolo importante, in quanto sarebbe il primo trattato internazionale con una definizione onnicomprensiva [Art. 4] e con l'obbligo degli Stati di cooperare «per eliminare la povertà in ogni sua forma e dimensione» [Art. 13, co. 1, lett. b)]. Human Rights Council, Working Group on the Right to Development, *Revised draft convention on the right to development*. Twenty-third session.

16–20 May 2022. A/HRC/WG.2/23/2. Cfr. M. E. SALOMON, *op. cit.*, p. 112 ss.

⁶³ S. BOUZAROVSKI et al., *Confronting Energy Poverty in Europe: A Research and Policy Agenda*, in *Energies*, vol. 14, 2021, 858, pp. 1-19.

Se da un canto è vero che la povertà energetica è diventata uno dei concetti chiave delle politiche di efficienza energetica e transizione verde, dall'altro canto bisogna ammettere che la normativa sovranazionale pare per lo più caratterizzata da un alto livello di frammentarietà e reattività a situazioni di crisi interconnesse, mentre risulta mancante un approccio che si discosti dalla narrativa emergenziale che permea i programmi *Next Generation EU*, *Pronti per il 55%* e, per ultimo, il piano *REPowerEU*⁶⁴, lanciati in diversi contesti di crisi sovrapposte. Alla luce di ciò, sembrerebbe poco realistico sostenere che gli strumenti di cui sopra riescano di fatto a consolidare una duplice visione di solidarietà a lungo termine. Riguardo alla dimensione interstatale nel settore energetico, promossa soprattutto dalle misure adottate alla luce del conflitto armato in Ucraina, si rivelano forti divari nella percezione sociale delle risposte date a livello europeo, capaci di minare l'immagine esterna della loro unanimità⁶⁵.

Riguardo alla dimensione sociale del principio di solidarietà, rinvenibile nelle misure attuative alla massima di «non lasciare indietro nessuno»⁶⁶, il *Green Deal* sembrerebbe introdurre un cambiamento di paradigma che, al di là dell'obiettivo tecnico della neutralità climatica, proporrebbe una nuova visione dell'integrazione europea, ovvero quella di una transizione basata sulla primazia ecologica e sulla

⁶⁴ C. KUZEMKO et al., *Russia's war on Ukraine, European energy policy responses & implications for sustainable transformations*, in *Energy Research & Social Science*, 2022, n. 93, p. 3 ss.

⁶⁵ Secondo gli ultimi sondaggi *Eurobarometer*, la grossa maggioranza (84%) concorda sul fatto che l'Ue debba ridurre il più presto possibile la sua dipendenza dalle fonti energetiche russe, investendo in energie rinnovabili (86%). Ciononostante, ci sono notevoli differenze nella percezione della solidarietà energetica fra Stati membri nel prisma del conflitto armato in Ucraina. Mentre in certi Paesi, come la Finlandia e il Portogallo, la maggioranza ha dato una risposta positiva (74% e 79% rispettivamente), in Grecia il 72%, a Cipro il 61%, e in Italia il 51% degli intervistati disaccorda con l'affermazione sull'esistenza di una solidarietà interstatale. Riguardo alle risposte europee, la maggioranza (49%) tende a vedere un impatto positivo, il 40% un impatto zero o negativo (e l'11% non ha saputo rispondere alla domanda). Per approfondimenti, v. European Commission, *Flash Eurobarometer 514. EU's response to the energy challenges. Report*. November 2022, pp. 27-28; 47-48; *Standard Eurobarometer 98. Winter 2022 – 2023. Public opinion in the European Union*. 2023, p. 111 ss.

⁶⁶ Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni: il Green Deal europeo*. Bruxelles, 11.12.2019. COM (2019) 640 final. p. 18.

sostenibilità degli ecosistemi⁶⁷. In tale ottica, l'impegno dell'Unione per fare fronte alla povertà energetica si inserirebbe nelle misure del *Green Deal* che rispecchiano un volto sociale dell'ambizioso progetto, ma quelle finora poste in essere nel settore energetico risultano poco sganciate dai contesti di crisi⁶⁸. Alla luce di ciò, si auspica che la visione di lungo termine del *Green Deal* sia convertita in strumenti capaci di indirizzare le varie dimensioni del fenomeno, e differenziati, prendendo in considerazione i divari che sussistono *tra i e in seno ai* ventisette tessuti sociali, al fine ulteriore di contribuire alla creazione di una società equa e prospera, in cui l'accesso ai servizi energetici, sicuri e rinnovabili, essenziali per condurre un'esistenza dignitosa, sia garantito a tutti⁶⁹.

⁶⁷ Cfr. E. CHITI, *Managing the Ecological Transition of the EU: The European Green Deal as a Regulatory Process*, in *Common Market Law Review*, 2022, n. 59, p. 21 ss.

⁶⁸ European Commission, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulations (EU) 2019/943 and (EU) 2019/942 as well as Directives (EU) 2018/2001 and (EU) 2019/944 to improve the Union's electricity market design*. Strasbourg, 14.3.2023. COM (2023) 148 final, p. 2.

⁶⁹ Cfr. E. CHITI, *Managing the Ecological Transition of the EU*, cit., p. 27 ss; J. RIFKIN, *Green New Deal. Il crollo della civiltà dei combustibili fossili entro il 2028 e l'audace piano per salvare la Terra*. Mondadori, Milano, 2019, p. 214 ss.

Navigating the AI Paradox: Tackling Energy Poverty and Reducing Environmental Impact through Sustainable Artificial Intelligence Development

di

Rocco Limongelli*

Summary: 1. Introduction. – 2. The Environmental Impact of AI Development – 2.1 Energy Efficiency in AI Hardware. – 2.2. The Role of Data in AI's Environmental Impact. – 2.3 The importance of Sustainable AI Deployment. - 3. Policy and Regulatory Frameworks Recommendations for Sustainable AI Development. – 3.1 Strengthening the Concept of Sustainability in the AI Act – 3.2 Proportionality and AI Development. - 3.3 Nudging for Energy Efficiency – 3.4 Standardization and Knowledge Sharing - 4. Conclusion.

1. Introduction

Artificial Intelligence (AI) has emerged as a powerful and transformative technology with the potential to revolutionize the energy industry – and not only¹. Its applications range from designing energy-efficient buildings and optimizing resource utilization to improving the reliability and security of energy systems².

* PhD Candidate and Research Fellow in Private Law, Sant'Anna School of Advanced Studies, rocco.limongelli@santannapisa.it

¹ Y. K. DWIVEDI, L. HUGHES, E. ISMAGILOVA, G. AARTS, C. COOMBS, T. CRICK, Y. DUAN, R. DWIVEDI, J. EDWARDS and A. EIRUG, *Artificial Intelligence (AI): Multidisciplinary perspectives on emerging challenges, opportunities, and agenda for research, practice and policy*, in *International Journal of Information Management*, 2021, 57 See also T. AHMAD, D. ZHANG, C. HUANG, H. ZHANG, N. DAI, Y. SONG and H. CHEN, *Artificial intelligence in sustainable energy industry: Status Quo, challenges and opportunities*, in *Journal of Cleaner Production*, 2021, 289

² P. H. SHAIKH, N. B. M. NOR, P. NALLAGOWNDEN, I. ELAMVAZUTHI and T. IBRAHIM, *Intelligent multi-objective control and management for smart energy efficient buildings*, in *International Journal of Electrical Power & Energy Systems*, 2016, 74 See also S. KHANMOHAMMADI, F. MUSHARAVATI and R. TARIQ, *A framework of data modeling and artificial intelligence for environmental-friendly energy system: Application of Kalina cycle improved with fuel cell and thermoelectric module*, in *Process Safety and Environmental Protection*, 2022, 164

AI has shown promise in addressing the pressing issue of energy poverty, which affects millions of people worldwide who lack access to reliable, affordable, and modern energy services. Being a multifaceted problem, energy poverty is a complex challenge that has significant social, economic, and environmental implications, it exacerbates inequality, hinders economic development, and contributes to environmental degradation, making it a critical global challenge that requires innovative solutions³. Furthermore, it is accepted that the correlation between carbon emission and energy poverty is a complex issue⁴, it is not for this paper to discuss.

AI technologies, such as machine learning and deep learning, have demonstrated the ability to optimize energy consumption, enhance system reliability, and support the integration of renewable energy sources, making them valuable tools for addressing energy poverty⁵. Furthermore, AI can be used to power applications such as smart thermostats and appliances in order to allow them to learn the habits of users and optimize energy usage based on these patterns. This can significantly reduce CO₂ emissions and energy bills, helping those struggling with energy costs to have better access to energy. AI can also facilitate energy trading exploiting its predictive capabilities, households with solar panels can predict how much excess energy they will have and trade it more effectively, encouraging the transition to renewable energy. Even applications that do not directly relate to energy may prove AI to be an ally in reducing emissions and energy poverty. For instance, Citymapper is an app which uses AI to provide the best public transportation routes to go from A to B, effectively incentivising to use public transport by making it easier. In fact, making public transportation more efficient leads to reduced fuel

³ M. GONZÁLEZ-EGUINO, *Energy poverty: An overview*, in *Renewable and sustainable energy reviews*, 2015, 47 See also, K. KAYGUSUZ, *Energy services and energy poverty for sustainable rural development*, in *ibid.*2011, 15 (2);

⁴ N. BONATZ, R. GUO, W. WU and L. LIU, *A comparative study of the interlinkages between energy poverty and low carbon development in China and Germany by developing an energy poverty index*, in *Energy and buildings*, 2019, 183 See also K. DONG, Q. JIANG, M. SHAHBAZ and J. ZHAO, *Does low-carbon energy transition mitigate energy poverty? The case of natural gas for China*, in *Energy Economics*, 2021, 99

⁵ B. K. BOSE, *Artificial intelligence techniques in smart grid and renewable energy systems—Some example applications*, in *Proceedings of the IEEE*, 2017, 105 (11);

consumption and costs, thus less emissions⁶. There is no doubt that AI can be a strong ally in the war against energy poverty.

However, the development and deployment of AI technologies are not without environmental costs⁷. The computational power required to train and tune complex AI models, particularly deep learning and natural language processing (NLP) models, can result in significant energy consumption and carbon emissions⁸. Given the dual nature of AI as both a potential solution to energy poverty and a contributor to environmental degradation, it is imperative that policymakers, industry stakeholders, and AI researchers consider the ethical and sustainable allocation of resources when developing and deploying AI technologies⁹. This includes examining the environmental impact of AI development, exploring the economic implications of AI model training and tuning, and investigating policy considerations for promoting AI sustainability¹⁰.

This paper aims to provide a comprehensive analysis of the various dimensions of sustainable AI development, including the environmental impact of AI and policy considerations for AI sustainability. Through a holistic and interdisciplinary approach, the paper will contribute to the ongoing dialogue on sustainable AI development and provide valuable insights for policymakers, industry stakeholders, and AI researchers seeking to harness the transformative potential of AI in an environmentally responsible and equitable manner. In fact, the point is made that by prioritizing sustainability in AI innovation, we can ensure that the development of AI technologies not only addresses pressing global challenges,

⁶ Q.-L. JING, H.-Z. LIU, W.-Q. YU and X. HE, *The Impact of Public Transportation on Carbon Emissions—From the Perspective of Energy Consumption*, in *Sustainability*, 2022, 14 (10);

⁷ P. DHAR, *The carbon impact of artificial intelligence*, in *Nature Machine Intelligence*, 2020, 2 (8);

⁸ J. DODGE, T. PREWITT, R. TACHET DES COMBES, E. ODMARK, R. SCHWARTZ, E. STRUBELL, A. S. LUCCIONI, N. A. SMITH, N. DECARIO and W. BUCHANAN, *Measuring the carbon intensity of ai in cloud instances*, in *2022 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*, 2022, *ibid.*

⁹ M. LABBE and R. SCHMELZER, *AI and climate change: the mixed impact of machine learning*, 2021, available at <https://www.techtarget.com/searchenterpriseai/feature/AI-and-climate-change-The-mixed-impact-of-machine-learning>;

¹⁰ R. VINUESA, H. AZIZPOUR, I. LEITE, M. BALAAM, V. DIGNUM, S. DOMISCH, A. FELLÄNDER, S. D. LANGHANS, M. TEGMARK and F. FUSO NERINI, *The role of artificial intelligence in achieving the Sustainable Development Goals*, in *Nature communications*, 2020, 11 (1);

such as energy poverty but does so in a way that minimizes their environmental impact and promotes a more sustainable and just future for all.

2. The Environmental Impact of AI Development

As AI technologies become more sophisticated and their applications more diverse, the process of training AI models has become increasingly resource-intensive, particularly for deep learning and NLP models¹¹. The computational requirements for training these models can lead to significant energy consumption and, consequently, substantial carbon dioxide emissions. Putting this in familiar terms, training a single NLP model on a GPU can produce approximately 600,000 lb of carbon dioxide emissions. This is equivalent to the emissions produced by five cars over their entire lifetime¹². Additionally, Google's AlphaGo Zero, which gained widespread attention for its remarkable achievements in the game of Go, generated 96 tonnes of CO₂ during its 40 days of research training. This amounts to the carbon footprint of 23 American homes or 1,000 hours of air travel¹³.

The substantial carbon emissions associated with AI training have a direct impact on the environment, contributing to climate change and exacerbating the global energy crisis¹⁴. With AI technologies becoming more prevalent and resource-intensive, the environmental impact of AI development is a critical concern that must be addressed. The carbon emissions produced by AI development can be compared to those generated by various other industries to better understand the extent of its environmental impact. For instance, the aviation industry, which is often cited as a significant contributor to greenhouse gas emissions, is responsible

¹¹ E. STRUBELL, A. GANESH and A. MCCALLUM, *Energy and Policy Considerations for Deep Learning in NLP*, 2019, available at <https://arxiv.org/abs/1906.02243>;

¹² K. HAO, *Training a single AI model can emit as much carbon as five cars in their lifetimes*, in *MIT technology Review*, 2019, 75 See also R. TOEWS, *Deep learning's carbon emissions problem*, 2020, available at <https://www.forbes.com/sites/robtoews/2020/06/17/deep-learnings-climate-change-problem/?sh=1b193ec86b43>;

¹³ A. VAN WYNSBERGHE, *Sustainable AI: AI for sustainability and the sustainability of AI*, in *AI and Ethics*, 2021, 1 (3);

¹⁴ J. COWLS, A. TSAMADOS, M. TADDEO and L. FLORIDI, *The AI gambit: leveraging artificial intelligence to combat climate change – opportunities, challenges, and recommendations*, in *Ai & Society*, 2021, 38

for roughly 2% of global CO₂ emissions¹⁵. In comparison is the energy consumption of data centres, which are essential for supporting the computational demands of AI development, account for approximately 1% of global electricity consumption¹⁶, and their energy use is projected to increase rapidly in the coming years – projected to reach 3% of global energy consumption by 2025¹⁷ –, driven primarily by the growth of AI technologies and cloud computing¹⁸.

As the energy demands of AI development continue to rise, the need for sustainable and energy-efficient solutions becomes increasingly urgent. While AI has the potential to significantly reduce energy poverty and optimize energy consumption across various sectors, its development and widespread adoption may also contribute to the very problems it seeks to solve¹⁹.

2.1 Energy Efficiency in AI Hardware

The environmental impact of AI development is not limited to the software and algorithms used to train AI models. The hardware used in AI systems, including GPUs, TPUs, and other specialized processors, also plays a crucial role in determining the energy consumption and carbon emissions associated with AI technologies²⁰. These hardware components are specifically designed to handle the computationally intensive tasks associated with AI training and inference, and

¹⁵ A. GONZALEZ-GARAY, C. HEUBERGER-AUSTIN, X. FU, M. KLOKKENBURG, D. ZHANG, A. VAN DER MADE and N. SHAH, *Unravelling the potential of sustainable aviation fuels to decarbonise the aviation sector*, in *Energy & Environmental Science*, 2022, 15 (8);

¹⁶ N. JONES, *How to stop data centres from gobbling up the world's electricity*, in *Nature*, 2018, 561 (7722);

¹⁷ In a 2015 study, Andres Andrae et al. predicted an increase to 20% of the total energy consumption by data centres, which was then revised in a later study to 3%. See both studies respectively A. S. ANDRAE and T. EDLER, *On global electricity usage of communication technology: trends to 2030*, in *Challenges*, 2015, 6 (1); and A. ANDRAE, *Should we be concerned about the power consumption of ICT*, in *Presentation at the Around the World Sustainable Research e-Conference*, 2018;

¹⁸ A. ANDRAE, *Total consumer power consumption forecast*, in *Nordic Digital Business Summit*, 2017, 10

¹⁹ M. COECKELBERGH, *AI for climate: freedom, justice, and other ethical and political challenges*, in *AI and Ethics*, 2021, 1 (1);

²⁰ W. H. CHEONG, J. B. JEON, J. H. IN, G. KIM, H. SONG, J. AN, J. PARK, Y. S. KIM, C. S. HWANG and K. M. KIM, *Demonstration of Neuromodulation-inspired Stashing System for Energy-efficient Learning of Spiking Neural Network using a Self-Rectifying Memristor Array*, in *Advanced Functional Materials*, 2022, 32 (29);

their energy efficiency can have a significant impact on the overall environmental footprint of AI development²¹.

In recent years, there has been a growing emphasis on improving the energy efficiency of AI hardware, with major technology companies investing heavily in the development of more sustainable and power-efficient processors. For example, the introduction of Tensor Processing Units (TPUs) by Google has enabled more energy-efficient AI model training and inference, as TPUs are specifically designed for machine learning workloads and consume less power compared to traditional GPUs²².

Nevertheless, as AI models become more complex and require more computational resources, the energy efficiency gains achieved by advances in hardware may be offset by the increasing demands of AI development. This highlights the importance of continued innovation in AI hardware to ensure that energy efficiency improvements keep pace with the escalating computational requirements of AI technologies²³.

2.2 The Role of Data in AI's Environmental Impact

The environmental impact of AI development is also influenced by the data used to train and refine AI models. Large-scale AI models, such as deep learning and NLP systems, often rely on vast amounts of data to achieve high levels of accuracy and performance. This data-intensive approach can result in increased energy consumption and carbon emissions, as the process of collecting, storing, and processing vast quantities of data requires significant computational resources²⁴.

²¹ Ibid.

²² N. JOUPPI, *Quantifying the performance of the TPU, our first machine learning chip*, 2017, available at <https://cloud.google.com/blog/products/gcp/quantifying-the-performance-of-the-tpu-our-first-machine-learning-chip/>; For a more in-depth discussion see N. P. JOUPPI, D. H. YOON, G. KURIAN, S. LI, N. PATIL, J. LAUDON, C. YOUNG and D. PATTERSON, *A domain-specific supercomputer for training deep neural networks*, in *Communications of the ACM*, 2020, 63 (7);

²³ P. DHAR, *The carbon impact of artificial intelligence*, in *Nature Machine Intelligence*, 2020, 2 (8);

²⁴ *ibid.*, OECD, *Measuring the environmental impacts of artificial intelligence compute and applications*, 2022;

Moreover, the iterative nature of AI model training, which involves repeatedly adjusting model parameters based on the input data, further contributes to the environmental impact of AI development. Each iteration requires additional computational resources, and the cumulative energy consumption and carbon emissions associated with multiple iterations can be substantial²⁵.

One potential solution to this issue is the development of AI models that require less data for training or that can learn more efficiently from the available data²⁶. Techniques such as transfer learning, which involves adapting a pre-trained model to a new task with minimal additional training, can help reduce the environmental impact of AI development by leveraging existing resources and minimizing the need for extensive data processing²⁷.

2.3 The Importance of Sustainable AI Deployment

While much of the focus on the environmental impact of AI development revolves around the training process, it is also crucial to consider the sustainability of AI deployment in real-world applications. The energy consumption and carbon emissions associated with AI model deployment can be significant, particularly for applications that require continuous, real-time processing of large volumes of data. To minimize the environmental impact of AI deployment, developers and organizations must carefully consider the energy efficiency of their AI systems and

²⁵ K. HAO, *Training a single AI model can emit as much carbon as five cars in their lifetimes*, in *MIT technology Review*, 2019, 75

²⁶ Although this will not be applicable to all instances. For example, robots must acquire new skills and tasks on-site, as it is impractical for designers to pre-embed all the necessary knowledge that a robot may need. See G. ANGELOPOULOS, A. ROSSI, G. L'ARCO and S. ROSSI, *Transparent Interactive Reinforcement Learning Using Emotional Behaviours*, in *ICSR 2022*, 2022; On the importance of personalisation in social robotics, see also I. TARAKLI, G. ANGELOPOULOS, M. HELLOU, C. VINDOLET, B. ABRAMOVIC, R. LIMONGELLI, D. LACROIX, A. BERTOLINI, S. ROSSI and A. DI NUOVO, *Social Robots Personalisation: At the Crossroads between Engineering and Humanities (CONCATENATE)*, in *Companion of the 2023 ACM/IEEE International Conference on Human-Robot Interaction*, 2023;

²⁷ A. FARAHANI, B. POURSHOJAE, K. RASHEED and HAMID, *A Concise Review of Transfer Learning*, in *2020 International Conference on Computational Science and Computational Intelligence (CSCI)*, 2021;

prioritize the use of sustainable infrastructure and technologies²⁸. For example, deploying AI models on energy-efficient hardware and utilizing renewable energy sources for data centres can help reduce the carbon footprint of AI applications²⁹. Furthermore, incorporating energy-saving features into AI-driven solutions, such as energy management systems for smart buildings or traffic optimization algorithms for transportation networks, can help offset the environmental impact of AI deployment by contributing to overall energy savings and emissions reductions³⁰. However, unless more transparency is achieved, it would be impossible to assess whether an AI-driven solutions is offsetting the environmental impact resulting from its training and deployment³¹.

In addition, investing in research and development of sustainable AI technologies is essential for minimizing the environmental impact of AI development. This can be achieved by encouraging research into AI models that need less data for training, thus reducing the computational and energy demands associated with model training and tuning – see for instance Neuromorphic Computing, which compared to traditional approaches is much more energy efficient³². It is also important to promote the creation of energy-efficient AI hardware, such as specialized AI accelerators that use less power compared to conventional GPUs or CPUs³³. Additionally, supporting the exploration of AI-driven solutions that contribute to overall energy savings and emissions reductions is vital, for instance,

²⁸ Z. ZHONGMING, L. LINONG, Y. XIAONA, Z. WANGQIANG and L. WEI, *Environmental Impact of Computation and the Future of Green Computing*, 2021, available at <https://www.sciencedaily.com/releases/2021/03/210302185414.htm>;

²⁹ D. PATTERSON, J. GONZALEZ, U. HÖLZLE, Q. LE, C. LIANG, L.-M. MUNGUIA, D. ROTHCHILD, D. R. SO, M. TEXIER and J. DEAN, *The carbon footprint of machine learning training will plateau, then shrink*, in *Computer*, 2022, 55 (7);

³⁰ See for example Z. LV and W. SHANG, *Impacts of intelligent transportation systems on energy conservation and emission reduction of transport systems: A comprehensive review*, in *Green Technologies and Sustainability*, 2022, 1 (1);

³¹ For a more in-depth discussion on transparency, accountability and how to achieve them, please refer to sections 3.2 and 3.3 of this paper.

³² M. AITSAM, S. DAVIES and A. DI NUOVO, *Neuromorphic Computing for Interactive Robotics: A Systematic Review*, in *IEEE Access*, 2022, 10

³³ A. MISHRA, J. CHA, H. PARK and S. KIM, *Artificial Intelligence and Hardware Accelerators*, Springer Nature, 2023;

through the development of smart grid technologies, energy-efficient building design, and enhanced resource management.

To conclude, it can be said the environmental impact of AI development is a multifaceted issue that encompasses a wide range of factors, including carbon emissions from model training, energy consumption of AI hardware, the role of data in AI development, and the sustainability of AI deployment in real-world applications. By understanding and addressing these factors, researchers, developers, policymakers, and industry leaders can work together to develop AI technologies that not only address energy poverty and optimize energy consumption but also minimize their environmental footprint and contribute to a more sustainable future.

3. Policy and Regulatory Frameworks Recommendations for Sustainable AI Development

Policymakers must duly consider the implementation of policy and regulatory frameworks that fortify sustainable AI development, which encompasses several key aspects. As AI technologies become more pervasive and their environmental impact more pronounced, it is essential for policymakers to consider the ethical and sustainable development of AI systems³⁴. This involves not only balancing the transformative potential of AI technologies with their environmental consequences but also ensuring that AI solutions are designed and deployed in a responsible and socially beneficial manner³⁵.

3.1 Strengthening the Concept of Sustainability in the AI Act

³⁴ M. A. GORALSKI and T. K. TAN, *Artificial intelligence and sustainable development*, in *The International Journal of Management Education*, 2020, 18 (1);

³⁵ A. JOBIN, M. IENCA and E. VAYENA, *The global landscape of AI ethics guidelines*, in *Nature Machine Intelligence*, 2019, 1 (9);

In 2018 the European Commission (EC) published a communication titled “Artificial Intelligence for Europe”³⁶, setting out the strategy on regulating AI. The EC has underlined the importance of AI *which is helping us to solve some of the world’s biggest challenges: from treating chronic diseases or reducing fatality rates in traffic accidents to fighting climate change or anticipating cybersecurity threats*³⁷. The EC has summed up the approach that the EU should take when dealing with AI, as: *a coordinated approach to make the most of the opportunities offered by AI and to address the new challenges that it brings. The EU can lead the way in developing and using AI for good and for all, building on its values and its strengths*³⁸. Following up on its promises, the EC on 21 April 2021 published the AI Act³⁹, a forward-thinking piece of legislation made up of an Explanatory Memorandum, 89 Recitals, 12 Titles, 85 Articles and 9 Annexes. In giving the reasons for the proposal, the EC refers back to the EU commitment in becoming a market leader in relation to AI through making sure that AI developed and marketed in the EU is human-centric,⁴⁰

As AI technologies continue to gain prominence and their potential environmental impact becomes more apparent, it is essential to reinforce the idea of sustainability within the AI Act. Focusing on this issue and offering clear guidance for sustainable AI development, we can help direct the actions of policymakers, researchers, developers, and industry leaders towards environmentally responsible AI practices. In light of the current draft of the AI Act, a piece of legislation dubbed

³⁶ EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Artificial Intelligence for Europe*, European Commission, Brussels, 2018;

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.

³⁹ A. I. ACT, *Proposal for a regulation of the European Parliament and the Council laying down harmonised rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts*, 2021;

⁴⁰ Paragraph 1.1 of the Explanatory Memorandum of the AI Act: *“The proposal is based on EU values and fundamental rights and aims to give people and other users the confidence to embrace AI-based solutions, while encouraging businesses to develop them. AI should be a tool for people and be a force for good in society with the ultimate aim of increasing human well-being. Rules for AI available in the Union market or otherwise affecting people in the Union should therefore be human centric, so that people can trust that the technology is used in a way that is safe and compliant with the law, including the respect of fundamental rights”*.

as human-centric⁴¹ but yet offers little attention to the development of sustainable AI and reduces sustainability to a mere suggestion⁴², it is crucial for policymakers to prioritize the incorporation of sustainability into AI development policies, - after all, can any legislation be human-centric without taking in to account sustainability? -, this shall include establishing clear guidelines and requirements for sustainable AI development and providing incentives for organizations that prioritize environmentally responsible AI practices.

The integration of sustainability provisions into AI regulations, such as the AI Act, holds utmost importance. Such integration would establish minimum energy efficiency and emissions reduction standards for AI development and deployment, thereby maintaining the AI industry's environmental consciousness. For instance, mandating organizations to report on energy consumption, carbon emissions, and mitigation measures, policymakers can cultivate a culture of responsibility and environmental stewardship within the AI sector. Several methods have been developed in recent years to help predict and mitigate the environmental impact of AI development and deployment⁴³. These methods can provide valuable insights for policymakers seeking to develop sustainable AI policies and guidelines⁴⁴. Some of the most notable include: Carbontracker⁴⁵, Machine Learning Emissions Calculator⁴⁶ and, Experiment-Impact-Tracker⁴⁷. Therefore, it is suggested that by

⁴¹ EC, *A European approach to artificial intelligence*, European Commission, 2022;. Also see AI Act, *supra* note 39.

⁴² See paragraph 5.2.7 of the Explanatory Memorandum of the AI Act. See also Recital 81 and Article 69 of the AI Act. These are the only three instances where sustainability is mentioned within the AI Act.

⁴³ See for example MLCO2 online calculator <https://mlco2.github.io/impact/>

⁴⁴ E. GARCÍA-MARTÍN, C. F. RODRIGUES, G. RILEY and H. GRAHN, *Estimation of energy consumption in machine learning*, in *Journal of Parallel and Distributed Computing*, 2019, 134

⁴⁵ Can be used for tracking and predicting the energy consumption and carbon emissions of training deep learning models. Carbontracker can help researchers and developers understand the environmental impact of their AI models and identify opportunities for reducing energy consumption and emissions. See L. F. W. ANTHONY, B. KANDING and R. SELVAN, *Carbontracker: Tracking and predicting the carbon footprint of training deep learning models*, in *ICML Workshop on "Challenges in Deploying and monitoring Machine Learning Systems"*, 2020;

⁴⁶ This tool estimates the carbon footprint of GPU compute by specifying hardware type, hours used, cloud provider, and region. The calculator can help organizations assess the environmental impact of their AI workloads and make more informed decisions about their hardware and infrastructure choices. See A. LACOSTE, A. LUCCIONI, V. SCHMIDT and T.

requiring developers to incorporate these methods into the AI development processes, accountability and transparency will be readily achieved.

3.2 Proportionality and AI Development

There is no doubt that one of the key policy considerations for AI sustainability is the concept of proportionality, which refers to the balance between the benefits of a particular AI method and its potential environmental impact⁴⁸.

For instance, policymakers should consider the potential need for constant tuning of AI models as society evolves in its communication, transportation, and social habits. The costs associated with this ongoing tuning process must be factored into any proportionality calculations, and alternative methods such as transfer learning⁴⁹ shall be refined and used in order to make such tuning cost effective and limit its impact on the environment.

Furthermore, it may prove necessary to restrict the use of certain AI techniques, such as tuning deep learning NLP models for menial or ethically problematic applications⁵⁰. This could help prevent the unnecessary consumption of computational resources and reduce the environmental impact of AI development. However, the implementation of this approach does present its own set of challenges, such as the need to define what constitutes a “menial” or “ethically problematic” application of AI. Menial application may refer to a use case that is

DANDRES, *Quantifying the carbon emissions of machine learning*, 2019, available at <https://arxiv.org/abs/1910.09700>;

⁴⁷ Framework for tracking real-time energy consumption and carbon emissions, as well as generating standardized online appendices. This tool can help researchers and developers monitor the environmental impact of their AI projects and implement strategies to reduce energy consumption and emissions. See P. HENDERSON, J. HU, J. ROMOFF, E. BRUNSKILL, D. JURAFSKY and J. PINEAU, *Towards the Systematic Reporting of the Energy and Carbon Footprints of Machine Learning*, in *The Journal of Machine Learning Research*, 2020, 21 (1);

⁴⁸ For a more in-depth discussion on the concept of proportionality, refer to section 4 of R. GELLERT, *Introduction: The risk-based approach as the opposite of the rights-based approach, or as an opportunity to analyse the links between law, regulation, and risk?*, in *The Risk-Based Approach to Data Protection*, Oxford University Press, 2020;

⁴⁹ See section 2.3 of this paper for an explanation of transfer learning. The idea is that of training a model from existing data rather than from scratch, resulting in less energy consumption thus less carbon emission.

⁵⁰ A. VAN WYNSBERGHE, *Sustainable AI: AI for sustainability and the sustainability of AI*, in *AI and Ethics*, 2021, 1 (3);

trivial, does not significantly benefit society, or could be easily addressed by simpler, less resource-intensive methods. For instance, using advanced AI to automate simple tasks that do not require complex intelligence, like turning lights on and off, could be seen as menial because simpler, less energy-consuming solutions exist. Ethically problematic application of AI, on the other hand, may refer to uses of AI that may pose ethical issues or harm to individuals or society such as 'deepfakes'.

Determining what is menial or ethically problematic is a complex task, which involves subjective judgments. It may require a comprehensive framework, extensive debate among stakeholders, and consistent updating and refinement to ensure that the definitions stay relevant with evolving AI technology and societal norms. This in itself is an arduous task, albeit crucial in ensuring that the restrictions applied are justifiable and effective in promoting sustainable AI development.

3.3 Nudging for Energy Efficiency

Lack of adequate information may contribute to a substantial undervaluation of energy efficiency⁵¹. Nudging, a behavioural economics concept popularised by Thaler and Sunstein⁵², can be used to encourage energy efficiency. Subtly guiding consumers' choices without limiting their options or imposing penalties, nudging can effectively promote sustainable behaviour. For instance, an example of a nudge in the EU is the implementation of appliance labels⁵³. These labels provide consumers with information on the energy efficiency of various appliances, with the aim of allowing them to make more informed purchasing decisions. The exploration of a certification or labelling system for AI technologies that comply with specified sustainability criteria is warranted. Drawing inspiration from

⁵¹ R. G. NEWELL and J. SIIKAMÄKI, *Nudging energy efficiency behavior: The role of information labels*, in *Journal of the Association of Environmental and Resource Economists*, 2014, 1 (4);

⁵² R. H. THALER and C. R. SUNSTEIN, *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*, Penguin, 2009;

⁵³ *Regulation (EU) 2017/1369 of the European parliament and of the council of 4 July 2017 setting a framework for energy labelling and repealing directive 2010/30/EU*, 2017;

existing energy efficiency labels for appliances, such a system would facilitate informed choices about AI products and services for consumers and businesses. Empowering the end-users of AI technologies to select environmentally responsible solutions, policymakers can create market-driven demand for sustainable AI development. In turn, possibly this heightened demand for energy-efficient appliances incentivizes manufacturers to innovate and develop more sustainable products, fostering a cycle of continuous improvement in energy efficiency within the market⁵⁴. However, the current EU energy labelling system for appliances is found to be ineffective as the grading systems is hard to comprehend for the average consumer⁵⁵. In fact, it was determined that straightforward information regarding the monetary value of energy savings played a crucial role in guiding cost-effective energy efficiency investments. Furthermore, data on physical energy consumption and carbon dioxide emissions were found to be of secondary importance, albeit still contributing to informed decision-making in the realm of energy efficiency. As such, it is imperative to emphasize the dissemination of accurate and relevant information to ensure well-founded investments in energy-efficient initiatives⁵⁶.

Nevertheless, nudges are not perfect and sometimes fail. When that happens, a solution can be that of offering economic incentives⁵⁷, encompassing tax breaks, grants, or other financial support, can effectively motivate organizations to invest in sustainable AI technologies and practices, possibly replacing obsolete and high energy consuming technology with more sustainable and low-carbon alternatives⁵⁸. Rendering it financially beneficial for companies to adopt eco-friendly AI solutions,

⁵⁴ A. ROGER, *Outlook: Can Environmental Product Standards Enable Eco-Innovation?*, in *New Developments in Eco-Innovation Research*, 2018;

⁵⁵ A. DE AYALA and M. D. M. SOLÀ, *Assessing the EU Energy Efficiency Label for Appliances: Issues, Potential Improvements and Challenges*, in *Energies*, 2022, 15 (12); Sunstein also provides some insight on why nudges might fail, and suggests that a solution is simply to nudge better C. R. SUNSTEIN, *Nudges that fail*, in *Behavioural public policy*, 2017, 1 (1);

⁵⁶ R. G. NEWELL and J. SIIKAMÄKI, *Nudging energy efficiency behavior: The role of information labels*, in *Journal of the Association of Environmental and Resource Economists*, 2014, 1 (4);

⁵⁷ C. R. SUNSTEIN, *Nudges that fail*, in *Behavioural public policy*, 2017, 1 (1);

⁵⁸ M. BROWN, *Innovative energy-efficiency policies: an international review*, in *Wiley Interdisciplinary Reviews: energy and environment*, 2015, 4 (1);

policymakers can stimulate innovation and promote the widespread adoption of sustainable technologies.

3.4 Standardization and Knowledge Sharing

Standards are useful instruments which aim at codifying industry good practice with the aid of industry experts and academics. In fact, due to their well-structured and widely recognized nature, standards serve as crucial contributors to the formulation of national and international regulations. Presently, they hold a pivotal position in the policy-making processes of the EU and its member states⁵⁹. Through the collaborative efforts of stakeholders from various sectors, standardization promotes the establishment of shared understanding and accountability, which are essential for fostering sustainable AI development. Moreover, standardization serves as a valuable reference for policymakers and legal professionals involved in the creation of AI-related laws and policies. Integrating the principles and guidelines outlined in standardized frameworks, legal instruments can more effectively address the complex challenges associated with AI technologies, ensuring adherence to the highest standards of environmental sustainability, ethical responsibility, and social equity.

A prime example of an existing standard that fosters sustainable AI development is the ISO/IEC JTC 1/SC 42 series of standards⁶⁰. This series focuses on AI and its various aspects, including trustworthiness, robustness, and transparency. However, the first standard specific to the environmental sustainability of AI, is currently at the early stages of the development process, the ISO/IEC AWI TR 20226 Information technology — Artificial intelligence — Environmental sustainability aspects of AI systems⁶¹.

The utilization of standards can be advantageous in various ways, such as increasing credibility among consumers, facilitating access to protected markets,

⁵⁹ A. XENIAS, *The New Global Rulers: The Privatization of Regulation in the World Economy*, in *Political Science Quarterly*, 2012, 127 (3);

⁶⁰ I. ISO and I. JTC, *1/SC 42 Artificial intelligence subcommittee website at www.iso.org*,

⁶¹ I. ISO and I. JTC, *ISO/IEC AWI TR 20226*

Information technology — Artificial intelligence — Environmental sustainability aspects of AI systems,

enabling participation in public procurement, and enhancing efficiency, coordination, and cooperation⁶². Consequently, adherence to standards may offer a competitive edge to businesses.

Nonetheless, standardization can result in the privatization of soft law⁶³. Access to international standards, such as those developed by the International Organization for Standardization (ISO), is often restricted by payment of a fee. In addition, the complexity of these standards frequently necessitates the engagement of expert consultants to ensure compliance. This barrier to entry can disproportionately affect smaller actors who may struggle to afford compliance with such standards, thereby limiting their ability to compete effectively in the market. The privatization of soft law through the use of standards can also possibly lead to an uneven playing field, as larger, well-funded organizations are more likely to have the resources to comply with these standards and capitalize on the benefits they offer⁶⁴. Consequently, this is likely to perpetuate existing power imbalances, hinder innovation, and hamper the development of environmentally sustainable AI.

It is crucial to recognize and address these concerns while acknowledging the potential benefits of standardization. Policymakers, standard-setting organizations, and stakeholders must work collaboratively to ensure that the development and implementation of standards for AI are equitable and accessible to all actors, regardless of their size or financial resources.

4. Conclusion

As the development and deployment of AI technologies continue to accelerate, it is essential to recognize and address the environmental, economic, and ethical implications of this powerful and transformative technology. While AI has demonstrated significant potential in tackling global challenges such as energy

⁶² E. F. VILLARONGA, *Robots, standards and the law: Rivalries between private standards and public policymaking for robot governance*, in *Computer Law & Security Review*, 2019, 35 (2);

⁶³ E. F. VILLARONGA and A. ROIG, *European regulatory framework for person carrier robots*, in *ibid.* 2017, 33 (4);

⁶⁴ A. BERTOLINI and R. LIMONGELLI, *Regulatory frameworks and standards for agricultural robotics in the European Union*, in *Advances in Agri-food Robotics*, Burleigh Dodds Science Publishing Limited, Forthcoming Q1 2024;

poverty, it is crucial to ensure that its development and application are sustainable, minimizing its environmental impact and maximizing its benefits for society.

This paper has explored various aspects of sustainable AI development, including the environmental impact of AI, policy considerations for AI sustainability, the economics of AI model tuning, and the role of AI in addressing energy poverty. In conclusion, the pursuit of sustainable AI development is a multifaceted and complex endeavour that requires the concerted efforts of policymakers, industry stakeholders, researchers, and educators. Through a holistic and interdisciplinary approach, we can harness the transformative potential of AI in an environmentally responsible and equitable manner, ensuring that AI technologies contribute to a more sustainable, inclusive, and prosperous future for all.

It is essential to acknowledge the potential challenges and risks associated with the widespread adoption of AI in the energy sector. While AI promises significant benefits for addressing energy poverty, it is crucial to consider issues such as data privacy, algorithmic bias, and the environmental impact of AI development. To ensure that AI serves as a force for good in the fight against energy poverty, a comprehensive and balanced approach must be taken, with a focus on promoting sustainability, equity, and inclusivity. The future of AI and energy poverty is marked by both opportunities and challenges. Leveraging the transformative potential of AI technologies, allows to make significant strides towards alleviating energy poverty and ensuring a more sustainable and equitable energy future for all. However, it is crucial to approach this goal with caution, carefully considering the potential risks and drawbacks associated with AI's widespread deployment in the energy sector.

In conclusion, this paper has presented a series of clear and cogent recommendations. The conspicuous absence of dialogue between the academic community and policymakers regarding this critical issue is indeed disconcerting. It is the author's hope that this work will contribute to increased awareness and discussion surrounding sustainable AI development, ultimately leading to its comprehensive consideration by the pertinent institutions.

The European strategy against energy poverty: the new *prosumer* between lights and shadows

di

Ludovica Sposini*

Summary: 1. From the origins of European energy policy to a distributed and decentralized model. - 1.1. The lack of a legal basis in the founding Treaties. - 1.2. The adoption of the Lisbon Treaty and the introduction of self-consumption as the focal point of the new European energy strategy. - 2. The new centrality of citizens between poverty and energy vulnerability. - 2.1. The introduction of the concept of energy vulnerability in the Italian legal system. - 3. “Energy prosumerism”: a (heterogeneous) phenomenon still in the making. - 3.1. The prosumer as a kaleidoscopic figure and the impossibility of a unitary definition at supranational level. - 3.2. The different forms of prosumerism: from self-consumers of renewable energy to energy communities. - 4. Concluding remarks and future perspectives on European prosumers. - 4.1. The positive (and negative) effects of prosumerism on poverty and energy efficiency in the European internal market. - 4.2. Energy prosumerism as a tool to fight energy poverty: utopia or reality?

1. From the origins of European energy policy to a distributed and decentralized model.

1.1. The lack of a legal basis in the founding Treaties.

The Union’s interest in regulating the energy market began in the 1960s when the European Communities realized that in order to ensure the stability of the entire European continent, it was urgent to create a common management of coal and steel, the two main energy sources of the time¹.

* Ph.D. Candidate in Law, Sant’Anna School of Advanced Studies, ludovica.sposini@santannapisa.it.

¹ For an in-depth historical and legal analysis, see R. MONACO, *Primi lineamenti di diritto pubblico europeo*, Giuffrè, 1962; H.A. SCHMITT, *The Path to European Union: From the Marshall Plan to the*

The first act specifically adopted on this subject is traditionally traced back to the “Council Resolution of 17 September 1974, concerning a new energy policy strategy for the Community”. This act, although not binding, expressed, on the one hand, the awareness of national policies that they could not manage energy resources alone and, on the other hand, the will to intervene in this sector through the instrument of ten-year plans.

There was, however, a lack of a legal basis in the Treaties authorizing the European Community to intervene in energy matters, a situation that was attempted to be remedied by teleologically interpreting the provisions contained therein. Thus, the creation of an internal energy market was conceived as functional to the realization of a single market in a broader sense, also by virtue of the impact of this sector on the activities of companies and, consequently, on competition.

This material expansion of Community competences in the energy sector² took place, first, thanks to the jurisprudence of the Court of Justice, which extended the concepts of *goods* and *services* to include energy to be able to apply the fundamental principles of the free movement of goods and services also to energy matters³. On the other hand, it was also implemented by leveraging Article 95 EC (now Article 114 TFEU) concerning the adoption of internal acts on the liberalization of energy markets and Article 308 EC (now Article 352 TFEU) concerning the conclusion of international agreements on energy security.

The impact that this gap has had on the supranational energy policy in which the Union has *de facto* exercised its competence is still evident today, drawing up a fragmented regulatory framework, based on different legal bases (including, in

Common Market, Praeger, 1981, p. 272; D. DINAN, *Europe recast: a history of European Union*, Palgrave Macmillan Basingstoke, 2004; M. DEDMAN, *The origins and development of the European Union 1945-1995: a history of European integration*, Routledge, 2006; W. Kaiser-A. VARSORI, *European Union history: themes and debates*, Springer, 2010; P. THODY, *An historical introduction to the European Union*, Routledge, 2002.

² Cf. P. MENGOZZI, *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione Europea*, Cedam, 2006; A. TIZZANO (ed.), *Trattati dell'Unione Europea*, Giuffrè, 2014; G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Laterza, 2009.

³ On the jurisprudential development of the concept of energy see, *ex multis*, ECJ, 23 October 1997, Joined Cases C-158/94 and C-159/94; ECJ, 15 July 1964, C-6/64.

particular, the aforementioned Article 114 TFEU⁴) and inspired by the so-called “horizontal cooperation model”. However, application practice immediately showed the strong inadequacy of this system because “in the energy sector, horizontal cooperation constitutes a necessity and a limit to Community action and competences, largely dependent on the implementation that [...] Member States and national regulatory authorities will want to do”⁵.

1.2. The adoption of the Lisbon Treaty and the introduction of self-consumption as the focal point of the new European energy strategy.

A turning point in European energy policy was the adoption of the Lisbon Treaty, because thanks to its Articles 4 and 194, a general legal basis was finally introduced as a basis for EU intervention in this area.

Specifically, Article 4 TFEU has clearly included energy and the environment among the competing competences between the Union and the Member States, thereby strengthening EU action in this sector and, at the same time, clarifying once and for all the division of competences⁶. On the other hand, Article 194 - specifically labelled “Energy” - specifies the aims of European energy policy by outlining the insuperable limits of the Member States’ action in this area⁷.

⁴ The interventions of the EU institutions have thus taken the form of various pieces of secondary legislation, among which we find Directive 90/377/EEC on the transparency of electricity and gas purchase prices by the end consumer, as well as Directives 90/547/EEC and 91/296/EEC aimed at promoting fair and non-discriminatory conditions regarding the transit of electricity and gas respectively.

⁵ Si riporta di seguito il testo originale della citazione: “Nel comparto energetico la cooperazione orizzontale costituisce una necessità ed un limite all’azione ed alle competenze comunitarie, largamente dipendenti dall’attuazione che [...] vorranno fare gli Stati Membri e le Autorità nazionali di regolazione” di F. MUNARI, *Il nuovo diritto dell’energia: il contesto comunitario e il ruolo degli organi europei*, in *Il diritto dell’Unione Europea*, 2006, pp. 881-899; N. AICARDI, *Energia*, in M.P. CHITI-G. GRECO (ed.), *Trattato di diritto amministrativo europeo - Parte speciale - Tomo II*, Giuffrè, 2007, pp. 1027 ff.

⁶ Cf. R. MICCÙ, *Multilevel regulation and government in the European energy market*, in R. MICCÙ (ed.), *Multilevel regulation and government in energy markets Implementation of the “Third Package” and promotion of renewable energy*, Jovene, 2016, pp. 3-75.

⁷ For a commentary, see M.A. SCINO, *La politica energetica europea: dalle origini alle più recenti evoluzioni*, *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 2012, pp. 80 ff.; C.F. SABEL-J. ZEITLIN, *Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the EU*, in *European Law Journal*, 2008, no. 14, pp. 271-327.

Based on these two provisions, the first liberalization directives were adopted at the end of the 1990s, in 1996 on electricity and two years later another one on gas.

In 2003, with the “Second Package”⁸, the EU legislator imposed more precise and stringent rules on access to national networks, obliging Member States to appoint national regulatory authorities in order to favour a multitude of competitors.

In 2006, a Green Paper was presented to identify a European strategy for sustainable, competitive, and secure energy as a central goal of the EU. Thus, the following year the Commission prepared a further package for electricity and natural gas, which came into force in 2009 and included two directives⁹ and three regulations¹⁰ aimed at the realization of an open and integrated single European market to strengthen the security and competitiveness of the Union¹¹.

In 2015, the European Commission adopted an important Communication¹² in which it expressed concern that the EU, despite already playing a leading role in renewable energy investments, was still one of the largest energy importers.

It is in this context that comes into play the Directive 2018/2001/EU (“RED II”) on the promotion of energy from renewable sources where special attention is paid to self-production, renewable energy consumption and, above all, a new *bottom-up* approach, in which self-consumption becomes a necessary tool not only for

⁸ This legislative package includes Directive 2003/54/EC “Electricity Directive”, Directive 2003/55/EC “Gas Directive”, as well as the network access regulations No. 1228/2003 for electricity and No. 1775/2005 for natural gas. Cf. B. EBERLEIN, *Experimentalist Governance in the European Energy Sector*, in C.F. SABEL-J. ZEITLIN (ed.), *Experimentalist Governance in the European Union*, Oxford University Press, 2021, pp. 61 ff.

⁹ Directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity (repealing the previous Directive 2003/54/EC) and Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas (repealing the previous 2003 Directive).

¹⁰ Reference is made to Regulation No. 713/2009, which established an Agency for the Cooperation of Energy Regulators (ACER); Regulation No. 714/2009 on network access conditions for cross-border exchanges in electricity and repealing the previous regulation on the subject; and, finally, Regulation No. 715/2009 on conditions for access to natural gas transmission networks and repealing Regulation No. 1775/2005.

¹¹ For an in-depth analysis see, among others, R. BOSCHECK, *The EU’s Third Internal Energy Market Legislative Package: Victory of Politics over Economic Rationality?*, *World Competition*, 2009, pp. 593 ff.

¹² EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the Committee of the Regions and the European Investment Bank, A Framework Strategy for a Resilient Energy Union with a Forward-Looking Climate Change Policy*, COM(2015) 80 final, 2015.

combating climate change, but above all to give new impetus to the internal market.

To achieve this goal, thus, in 2019 was adopted the additional energy package “Clean Energy Package for all Europeans”¹³ which introduced new rules for the electricity market, provided various incentives for consumers and also imposed an obligation on Member States to provide contingency plans for potential energy crises, increasing the competences of ACER (Agency for the Cooperation of Energy Regulators) in cross-border cooperation.

Among the various pieces of legislation that are part of this package, special mention should be made of Directive 2019/944/EU, concerning common rules for the internal market in electricity, because it explicitly places consumers at the centre of EU policy, recognizing them as key to achieving the goal of energy transition¹⁴.

Various forms of self-consumption and self-production are therefore envisaged, allowing active customers to act individually or to associate in energy communities¹⁵ in the context of a new decentralized and competitive model where they can be both owners and independent operators of their own distribution network¹⁶.

¹³ J. LOWITZSCH-C.E. HOICKA-F.J. VAN TULDER, *Renewable energy communities under the 2019 European Clean Energy Package. Governance model for the energy clusters of the future?*, in *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, 2020, 122, pp. 1364 ff.; P. CAPROS and others, *Outlook of the EU energy system up to 2050: The case of scenarios prepared for the European Commission’s ‘clean energy for all Europeans’ package using the PRIMES model*, in *Energy Strategy Reviews*, 2018.

¹⁴ EUROPEAN PARLIAMENT AND COUNCIL, *Directive (EU) 2018/844 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 amending Directive 2010/31/EU on the energy performance of buildings and Directive 2012/27/EU on energy efficiency*, 2018.

¹⁵ Cf. M.M. SOKOLOWSKI, *Renewable and citizen energy communities in the European Union: How (not) to regulate community energy in national laws and policies*, in *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2020, 38, pp. 289-304.

¹⁶ See E. CUSA, *Sustainable development, active citizenship and energy communities*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2020, 56, pp. 71-126; It should be noted that on 14 July 2021 the fifth energy package, “Delivering the European Green Deal”, was proposed with the aim of aligning the EU’s energy targets with the new European climate ambitions for 2030 and 2050, i.e. making the EU the “first climate neutral continent” by 2050 by reducing emissions by at least 55% by 2030 compared to 1990 levels.

On this point, see the considerations of M. PIANTA-M. LUCCHESI, *Rethinking the European Green Deal: An industrial policy for a just transition in Europe*, in *Review of Radical Political Economics*, 2020, 52, pp. 633 ff.; C. KEMFERT, *Green deal for Europe: More climate protection and fewer fossil fuel*

2. The new centrality of citizens between poverty and energy vulnerability.

When speaking of self-consumption and self-production, one necessarily refers to the phenomenon known as “energy prosumerism” characterized by the opening of energy production to non-professionals. This expression, deriving from the union of the English words *prosumer*¹⁷ and *consumer*, clearly represents the European tendency - marked in the energy sector¹⁸ - to bring together two figures that historically have been opposed both because of their different contractual strength and, above all, their vulnerability¹⁹.

Vulnerability is indeed a polysemantic concept of which there is currently no unique or predetermined definition, but which takes on different characteristics depending on the context of reference²⁰. As is well known, originally the so-called “average consumer” was the main paradigm in relation to which assess the conducts of professional agents, and it was declined by the European Court of

wars, in *Intereconomics*, 2019, 54, pp. 350 ff.; N. VALLA, *Boosting the Economic Recovery or Closing a Green Deal in Europe? Or Both?*, in *Intereconomics*, 2020, 55, pp. 350 ff.; E. CHITI, *Managing the ecological transition of the EU: The European Green Deal as a regulatory process*, in *Common Market Law Review*, 2022, 59; A. VOLPATO-E. VOS, *The institutional architecture of EU environmental governance: the role of EU agencies*, in *Research Handbook on EU Environmental Law*, Edward Elgar Publishing, 2020.

¹⁷ The expression was coined by the American Alvin Toffler in 1981 in his essay “The Third Wave”, by which he meant a particular type of user who does not merely use a good or passively enjoy a service but takes a proactive role in its production or provision.

¹⁸ In the energy market, in fact, the term “customer” is used in such a way as to also include subjects who, although professional, are nevertheless in a weak and vulnerable position. This different figure was already introduced with Directive 2003/54/EC on common rules for the internal market in electricity and replaced by Directive 2019/944/EU, and Directive 2003/55/EC on natural gas and repealed by Directive 2009/73/EC.

¹⁹ Cf. H. UNBERATH-A. JOHNSTON, *The double-headed approach of the ECJ concerning consumer protection*, in *Common Market Law Review*, 2007, 44, pp. 1237-1284; G. CASSANO-M.E. DI GIANDOMENICO, *Il diritto dei consumatori*, Cedam, 2010; P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 5, pp. 787 ff.; S. WEATHERILL, *EU consumer law and policy*, Edward Elgar Publishing, 2013; G. HOWELLS-C. TWIGG-FLESNER-T. WILHELMSSON, *Rethinking EU consumer law*, Taylor & Francis, 2017. We must notice that this category is so much indefinite that G. RITZER ET AL., *The Coming of Age of the Prosumer*, in *Behav. Scientist*, 56, 2012, pp. 380-381, claim that “humans are by their nature prosumers [...] the existence of largely separable producers and consumers is, at best, a historical anomaly. Our error has been to treat production and consumption as binary”.

²⁰ See V. RUBINO, *L'evoluzione della nozione di consumatore nel processo di integrazione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2017, 2, pp. 343-365.

Justice as a subject “reasonably well-informed, reasonably observant and circumspect”²¹.

This paradigm was based on the classical economic theory whereby men are perfect rational and capable of making always the most efficient choice to maximise their own welfare; thus, it was believed that imposing strict information obligations on the professional was the best way to assure the full awareness of the consumer²². However, this view was harshly criticised by those cognitive sciences that, in the 1970s, demonstrated the unreality of the imagine of “*homo oeconomicus*” in favour of the theory of “bounded rationality”²³. According to this new approach, the consumer is by nature endowed with a limited capacity to evaluate all the available options and the information, because he is subject to both internal and external factors (called “*bias*”) that influence him in a way that is often completely irrational²⁴.

Although the findings of behavioural sciences have not (yet) been fully implemented by the EU legislator, one can nevertheless observe in various regulatory areas consideration for subjects who, due to various factors, are to be considered vulnerable and, therefore, in need of more pregnant protection.

²¹ On the paradigm of the “average consumer” see for examples, ECJ, 19 April 2007, C-381/05; ECJ, 19 September 2006, C-356/04; ECJ, 12 February 2004, C-218/01; ECJ, 6 November 2003, C-358/01; ECJ, 24 October 2002, C-99/01; ECJ, 16 July 1998, C-210/96; ECJ, 20 February 1979, C-120/78.

²² Please let us referer to L. SPOSINI, *Gli obblighi informative del professionista e la garanzia commerciale del produttore nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Alcuni spunti a partire dal caso Absolut*, in *Pactum*, 2023, pp. 135-145.

²³ Elaborated by Harbert Simon. On the point, see H. SIMON, *A Behavioural Model of Rational Choice*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 1955, 69, 1, 99 ff.; J. D. HANSON e D. A. KYSAR, *Taking behaviouralism seriously: some evidence of market manipulation*, in *Harvard Law Review*, 1999, 74.

²⁴ For a recognition on the different typologies of bias, see C. R. SUNSTEIN, R. H. THALER, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare e nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Feltrinelli, 2014; D. KAHNEMAN, P. SLOVIC e A. TVERSKY, *Judgment under Uncertainty: Heurostics and Biases*, Cambridge University Press, 1982; C. JOLLS, C. R. SUNSTEIN e R.H. THALER, *A Behavioural Approach to Law and Economics*, in *Stan. Law Rev.*, 50, 1998, 5 ss.; D. KAHNEMAN, J. L. KNETSCH, R. H. THALER, *Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias*, in *Journal of economic perspectives*, I, 1991.

Thus, Directive 2005/29/EC introduced, as a further parameter for assessing the unfairness of a commercial practice, the concept of the “vulnerable consumer”, considered as an exception to the general paradigm of the average consumer²⁵.

According to this piece of legislation, some people require more specific protection and consideration because they are particularly vulnerable due to their mental or physical infirmity, age, or credulity. This is a rather narrow category, as it does not define precisely who can be considered vulnerable especially considering that vulnerability can take different forms²⁶.

However, precisely because of its ambiguity, the reference to vulnerability is not limited to the Directive on unfair commercial practices but is also present in further consumer legislation as well as in sector-specific policy where, depending on the context, vulnerable consumers take on different features²⁷. For instance, in the digital market the supranational legislator is concerned about those practices of constant monitoring, profiling and personalisation of online content because they create a state of “permanent vulnerability” or “vulnerability by default”²⁸, making all existing consumer rules ineffective.

²⁵ Article 5, point 3, said that: “Commercial practices which are likely to materially distort the economic behaviour only of a clearly identifiable group of consumers who are particularly vulnerable to the practice or the underlying product because of their mental or physical infirmity, age or credulity in a way which the trader could reasonably be expected to foresee, shall be assessed from the perspective of the average member of that group. This is without prejudice to the common and legitimate advertising practice of making exaggerated statements or statements which are not meant to be taken literally”.

²⁶ On the one hand, as it is recognised by the European Parliament, consumers may be vulnerable because of their socio-demographic and behavioural characteristics, their personal situation, or the market environment as well as the capacity to resist high-pressure marketing practices or the difficulties in obtaining and understanding information about services and products. See EUROPEAN PARLIAMENT, *Briefing on Vulnerable consumers*, 2021, 1-9.

²⁷ S.B JACOBS, *The Energy Prosumer*, in *Ecology of Law Quarterly*, 43, p. 524 where it is said that: “However, ‘prosumer’ is more useful as a general term because the modern energy consumers described above do more than generate electricity. They also provide essential grid services, such as storage, regulation, and demand response in both retail and wholesale markets. [...] However, scholars in other disciplines have examined the phenomenon in more detail. Web and software users who generate content have been deemed ‘prosumers’, as have home creators of audio and video imagery, and even authors of fan fiction”.

²⁸ THE EUROPEAN CONSUMER ORGANISATION, *BEUC’s preliminary input for the consumer agenda 2021-2027*, available at the link https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/beuc-x-2020-064_beuc_input_for_the_consumer_agenda_2021-2027.pdf. According to the European Consumer Organisation, the digital architecture of platforms is precisely built not only to detect

Even different, then, is the “energy vulnerability” which is at the centre of the European energy strategy, so much so that already in 2009 the European legislator required that MS have to take appropriate measures to protect the final customers and ensure in particular to vulnerable customers appropriate protection²⁹. As specified later by the Commission, each Member State must define the concept of “vulnerable customers” depending on their specific national situation³⁰.

The Council of Ministers of the Energy Community and the European Economic and Social Committee (henceforth EESC) were of a different opinion, which instead affirmed the need to identify a centralised definition of vulnerable customers to ensure that energy poverty is addressed in a uniform way at the European level. In particular, the Council endorsed a proposal for a regional definition of a vulnerable customer that would include those who use energy for the supply of their home on a permanent basis; those who do not exceed 200 kWh/month (i.e. the maximum electricity consumption per person) as well as 70 cubic metres per month for gas in the case of a household with up to four members; those who fall into the category of low-income citizens and, finally, those who use a single-phase meter with a connection that does not exceed the maximum power, i.e. up to 16 amperes. Instead, the EESC promoted the adoption of common indicators to tackle the phenomenon more effectively³¹.

and exploit the vulnerabilities of online users but to create new ones so that they can be studied and used to increase profits, in a way that “digital vulnerability potentially applies to all consumers in the digital marketplace”. Therefore, it is precisely in the virtual world that we see the reversal of traditional paradigms because “vulnerable consumer is the norm, rather than the exception”.

²⁹ Article No. 3, par. 7 of Directive 2009/72/EC concerning rules for the internal market in electricity and replaced by Directive 2019/944/EU and article No. 3, par. 3 of Directive 2009/73/EC on common rules for the internal market in natural gas.

³⁰ EUROPEAN COMMISSION, *Commission staff working paper: an energy policy for consumers*, Brussels, Sec(2010), 1407 final, 2010.

³¹ EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE, *Opinion for coordinated European measures to prevent and combat energy poverty*, 2013/C 341/05, 2013. In the same sense, see EUROPEAN COMMISSION, *A Framework Strategy for a Resilient Energy Union with a Forward-Looking Climate Change Policy*, COM(2015) 80 final, 2015. Cf. B. VOLTAGGIO, *La povertà energetica e l’Unione europea*, in S. SUPINO-B. VOLTAGGIO, *La povertà energetica. Strumenti per affrontare un problema sociale*, pp. 53 ff.

In this regard, a turning point is certainly represented by the aforementioned Directive 2019/944/EU, which has finally positivized this form of vulnerability by turning towards an integrated approach of social and energy policies aimed at combating “energy poverty”³², to which Article 29 is specifically dedicated. Although this legislation confirms the choice not to strictly define who are vulnerable customers leaving their definition to the discretion of the MS, it imposes an obligation to them to establish criteria to identify households in energy poverty such as, for example, low-income, high-energy expenditure in relation to disposable income and low energy efficiency.

In this context, MS are required to take measures to fight against the energy poverty providing, for instance, some efficiency improvements to promote an easier accessibility to self-consumption of renewable sources and participation in the energy communities for customers in low-income or vulnerable households, otherwise they would not have sufficient initial capital to invest in renewable energy technologies³³.

2.1. The introduction of the concept of energy vulnerability in the Italian legal system.

Perfectly in line with this European evolutionary process, also at national level we can see a growing consideration of the different forms of vulnerability, especially by the jurisprudential strand.

Particularly relevant in this regard is the very recent and revolutionary Ordinance No. 8650/22 with which the Italian Council of State has, for the first time, made a preliminary reference to the Court of Justice of the EU in order to definitively

³² On the definition of energy poverty, see M. GONZALEZ-EGUINO, *Energy poverty: An overview*, in *Renewable and sustainable energy reviews*, 2015, 47, pp. 377-385; L. GURUSWAMY, *Energy poverty*, in *Annual review of environment and resources*, 2011, 36, pp. 139-161; F. BIROL, *Energy economics: a place for energy poverty in the agenda?*, in *The energy journal*, 2007, 28; S. PACHAURI-D. SPRENG, *Measuring and monitoring energy poverty*, in *Energy policy*, 2011, 39, pp. 7497 ff.

³³ EUROPEAN PARLIAMENT, *Briefing on Vulnerable consumers*, p. 5.

clarify whether the paradigm of the average consumer should still be traditionally interpreted as *homo oeconomicus*³⁴.

The awareness of vulnerability as an irreducible component of human nature does not, however, prevent the attribution of a proactive role to consumers but, on the contrary, allows for more effective means of protection³⁵.

In fact, this dual consideration is fully accepted by the national legislator who, alongside the attribution of a proactive role to final customers, nevertheless intends to guarantee greater protection to those who find themselves in particularly delicate conditions or situations. Implementing, then, Article 28 of Directive 2019/944/EU – which leaves it up to the Member States to define vulnerable customers - the Italian legal system introduced the concept of energy vulnerability. In fact, Article 11 of the Legislative Decree No. 210 of 2021 provides a list of customers considered vulnerable³⁶.

These include those who are economically disadvantaged or whose health is so serious as to require the use of medical equipment powered by electricity and necessary for their survival; those who take care of people who need such equipment; those who have one of the disabilities referred to in Article 3 of Law No. 104/1992³⁷; those whose utilities are located on minor islands that are not interconnected or in emergency housing facilities provided following disasters and, finally, those over the age of seventy-five.

³⁴ For a comment on the ordinance, see L. SPOSINI, *Dal consumatore medio alla razionalità limitata nella Direttiva n. 29/2005 CE*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, forthcoming.

³⁵ Think, for example, of information obligations. If, in fact, information was until recently considered the only real remedy to protect the consumer, at present, on the other hand, although this instrument still retains a central role in consumer discipline, there is also a growing awareness that it causes the so-called “Overload effect”. For an in-depth study of the subject, see C. SCHNEIDER-O. BEN-SHAHAR, *More Than You Wanted to Know: The Failure of Mandated Disclosure*, Princeton University Press, 2014, 240 ff.

³⁶ Legislative Decree No. 210 of 08.11.2021 implementing EU Directive 2019/944 of the European Parliament and of the Council of 5 June 2019 concerning common rules for the internal market in electricity and amending Directive 2012/27/EU, as well as laying down provisions for the adaptation of national legislation to the provisions of EU Regulation 943/2019 on the internal market in electricity and EU Regulation 941/2019 on risk preparedness in the electricity sector and repealing Directive 2005/89/EC.

³⁷ Law No. 104 of 05.02.1992, framework law for assistance, social integration, and the rights of handicapped persons.

This illustrative list attests to the legislator's awareness of the indispensability of energy for the exercise of fundamental rights and, consequently, of the urgency of measures to protect those in conditions where access to energy becomes essential for survival itself.

A new awareness is therefore emerging at both national and European level that in order to guarantee effective protection, tools such as information obligations, remedies for withdrawing from a contract, and even faster and more streamlined dispute resolution systems are no longer sufficient, but it becomes necessary to ensure the inclusion, above all, of those who find themselves without access to those goods and services that are indispensable to their existence³⁸.

According to the Union, then, in order to promote the inclusion of particularly vulnerable people and to combat energy poverty, it is necessary for Member States to recognize the fundamental role of the active participation of people³⁹, both as citizens and consumers and, in fact, it is the European Parliament itself that states that "in the context of a well-functioning energy system, local authorities, communities, cooperatives, households and individuals have a key role to play, should contribute substantially to the energy transition and should be encouraged to become energy producers and suppliers if they choose to do so" and precisely because of their importance, it becomes necessary to adopt "a common operational definition of 'prosumers'"⁴⁰.

3. "Energy prosumerism": a (heterogeneous) phenomenon still in the making.

3.1. The prosumer as a kaleidoscopic figure and the impossibility of a unitary definition at supranational level.

³⁸ L. RUGGERI, *Consumers and energy prosumerism in the European regulatory framework*, in *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2022, 16, pp. 3290-3317.

³⁹ E. CUSA, *op. cit.*, p. 75.

⁴⁰ European Parliament Resolution of 26 May 2016 on delivering a new deal for energy consumers (2018/C 076/15). In literature, see M.R. MAUGERI, "Smart contracts", "smart grids" and "smart meters": *The new horizons of the energy market and consumer/"prosumer" protection*, in *Studi senesi*, 2020, pp. 85 ff.

Although the EU legislator has finally realized that, in order to achieve the transition to renewable energy sources, it is no longer possible to rely solely on companies, but it is inevitable to recognize the fundamental role that the choices of energy end-users play for the entire market⁴¹, there is currently still no harmonised definition of “prosumer”⁴².

The difficulty in circumscribing this figure derives from its extreme conceptual heterogeneity to the extent that it cannot be considered a unitary category. On the contrary, it encompasses entities with such different characteristics that they can be classified according to numerous elements including, for example, their size; the type of renewable source used; the amount of energy produced, consumed, or injected into the market; as well as their position in relation to the electricity grid.

Among these criteria, the one most widely used by the various Member States is certainly the role that these economic agents play in the energy market and, therefore, a distinction is generally made between so-called “residential or household” prosumers, which include households, apartment blocks, housing associations and cooperatives; and “commercial” prosumers, because they use electricity for their own purposes and provide services for the public such as SMEs, hospitals, or sports facilities. Finally, we have the “industrial” prosumers, so called because they produce a part (or all) of their energy needs on-site and then sell the excess by feeding it into the national or local grid, examples of which are large factories and farms⁴³.

⁴¹ European Parliament resolution of 26 May 2016, par. 22, which states that: “significant behavioural change among citizens will be important to achieve an optimal energy transition; considers that incentives and access to quality information are key in this respect and asks the Commission to address this in upcoming proposals; suggests that education, training and information campaigns will be important factors in bringing about behavioural change”.

⁴² The term “prosumer” was coined by futurist Alvin Tofler in his book *Future Shock* in 1970.

⁴³ Cf. J.M. WITTMAYER AND OTHERS, *Thinking, doing, organising: Prefiguring just and sustainable energy systems via collective prosumer ecosystems in Europe*, in *Energy Research & Social Science*, 2022, 86, pp. 102 ff.; A. BUTENKO-K. CSERES, *The Regulatory Consumer: Prosumer-Driven Local Energy Production Initiatives*, in *SSRN Electronic Journal*, 2015, pp. 2 ff.; Z. ZHAO AND OTHERS, *A social relationship preference aware peer-to-peer energy market for urban energy prosumers and consumers*, in *IET Renewable Power Generation*, 2022, 16, pp. 688-599; S. BHATTACHARYA AND OTHERS, *Incentive mechanism for smart grid: state of the art, challenge, open issues, future directions*, in *Big Data and Cognitive Computing*, 2022, 6, 47 ff.; B.P. KOIRALA AND OTHERS, *Energetic communities*

In order to more easily distinguish the different types of prosumers, it is customary to look at the size of the energy system and, although there is currently no unambiguous parameter to rely on even at supranational level, the amount of energy produced is often taken into account. Thus, it is estimated that for residential prosumers, the amount of energy produced is no more than 10 kilowatts (kW); between 10 kW and 250 kW for commercial prosumers and, finally, more than 250 kW in the case of industrial prosumers.

3.2. The different forms of prosumerism: from self-consumers of renewable energy to energy communities.

Given the variety of the phenomenon, it is not surprising that both legislators and the literature find it very difficult to formulate a precise and defined definition, with the result that, at present, this figure has not yet been clearly identified.

To date, there are at least five forms of energy prosumerism that are recognised at European level and whose regulation is scattered among different regulatory sources. Within Directive 2018/2001/EU⁴⁴ one finds “self-consumers of renewable energy” defined in Article 2(14), as any “final customer operating within its premises located within confined boundaries or, where permitted by a Member State, within other premises, who generates renewable electricity for its own consumption, and who may store or sell self-generated renewable electricity, provided that, for a non-household renewable self-consumer, those activities do not constitute its primary commercial or professional activity”⁴⁵. The next point also states that they may also act collectively, provided that they are in a group of at least two self-consumers located in the same building or apartment block.

Whether they act individually or in an aggregate form, the fact that it defines them as “final customers” expresses the clear will of the EU legislator not to refer

for community energy: A review of key issues and trends shaping integrated community energy systems, in Renewable and Sustainable Energy Reviews, 2016, 56, pp. 722-744.

⁴⁴ Directive 2018/2001/EU of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 on the promotion of the use of energy from renewable sources, so-called “RED II”.

⁴⁵ In the Italian legal system, these new players in the energy market were introduced by Legislative Decrees No. 199/2021 and No. 210/21.

exclusively to natural persons but to open up also to legal persons producing electricity. On the other hand, it fully reflects the jurisprudential orientation of the Court of Justice about dual-purpose contracts because it is recommended that the self-consumer, if different from a household, should not sell the energy produced in excess in the exercise of his “principal” professional activity⁴⁶.

After providing a definition, Article 21 deals with listing the main rights granted to self-consumers, which can be divided into two broad categories. On the one hand, there are the so-called “operational rights” which concern the activities undertaken by them including, for example, the right to generate and consume electricity from renewable energy sources; to store any surplus produced and, finally, to sell it on the market. On the other hand, there are the so-called “financial” ones such as, for example, the right to operate electricity storage facilities without incurring any charges; to be remunerated for the energy generated and fed into the electricity grid and, finally, not to be subject to charges for that same energy produced, consumed, and sold.

In the same directive we then find “renewable energy communities” (henceforth RECs) which constitute an autonomous legal entity whose main objective is to provide environmental, economic, or social benefits to the community or local areas in which it operates and not, instead, financial profits⁴⁷. As far as its internal composition is concerned, it is based on voluntary and open participation and is controlled by shareholders or members located close to the energy production facilities, which must be developed or belong to the REC itself. Individuals, SMEs, or even local authorities such as municipalities can participate in the REC⁴⁸.

Instead, prosumers can be found in Directive 2019/944/EU, where Article 2(8) speaks of an “active customer”, i.e. a “final customer, or a group of jointly acting

⁴⁶ The jurisprudence of the European Court of Justice on dual-purpose contracts is particularly copious, therefore let us refer, among the latest, to ECJ, 9 March 2023, C-177/22; ECJ, 14 February 2019, C-630/17; ECJ, 25 January 2018, C-498/16; ECJ, 20 January 2005, C-464/01.

⁴⁷ The definition of RECs is provided for in Article 2(16) of Directive 2018/2001/EU.

⁴⁸ For an in-depth discussion on RECs, see G. DOCI-E. VASILEIADOU-A.C. PETERSEN, *Exploring the transition potential of renewable energy communities*, in *Futures*, 2015, 66, pp. 85-95; M.A. HELDEWEG-S. SAINTIER, *Renewable energy communities as “socio-legal institutions”: A normative frame of energy decentralisation?*, in *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, 2020, 119, pp. 109 ff.

final customers, who consumes or stores electricity generated within its premises located within confined boundaries or, where permitted by a Member State within other premises, or who sells self-generated electricity or participates in flexibility or energy efficiency schemes, provided that those activities do not constitute its primary commercial or professional activity". The active customer is, therefore, an entity that not only produces energy but also carries out other activities such as, for example, its storage.

Here, too, the attribution of the status of active client and all associated protections is based on an assessment centred on the criterion of prevailing professionalism: in accordance with Article 2(8) of the directive, these activities must not be those which he performs professionally as his principal occupation.

Point 11 then regulates a further form of energy community that goes by the name of "citizen energy community" (henceforth CEC), a legal entity that also has as its main purpose not the production of financial profits but the provision of environmental, economic, and social benefits to its members or the territory in which it operates. However, it is admitted that it may participate (unlike RECs) in the production, distribution, supply, consumption, storage of energy as well as in energy efficiency services as well as in charging services for electric vehicles or the provision of other services to its members. Again, the CEC is based on voluntary and open participation and is effectively controlled by members or partners who, however, must be natural persons or local authorities such as municipalities or small businesses⁴⁹.

4. Concluding reflections and future perspectives on European prosumers.

4.1. The positive (and negative) effects of prosumerism on poverty and energy efficiency in the European internal market.

The Union has clearly shown its intention to transform the European energy system in the name of a more sustainable development by investing in the active participation of citizens and, therefore, has been concerned to regulate and

⁴⁹ On the further differences between RECs and CECs, see E. CUSA, *op. cit.*, 86 ff.

promote the adoption at national level of forms of self-consumption and energy communities.

According to the supranational legislator, prosumerism brings undoubted advantages to the single market because, first of all, it incentivizes the direct participation of citizens in the production, consumption and sharing of energy and also fosters public-private collaboration (think of collaborations between an energy community and territorial public bodies)⁵⁰ as well as the entry into the market of a plurality of economic operators, not only “large” but also SMEs and producers independent from large ones⁵¹.

Beyond the economic consequences, this phenomenon also generates positive social effects because it fosters, both nationally and locally, the development of communities by making them energy independent and opening them up to export to the grid.

Their entry into the market then creates new job opportunities which, in turn, contribute to the territorial rootedness of families who, having the prospect of new economic income, are more inclined to stay in that specific community⁵².

However, prosumerism not only generates new revenues for households, but also increases their energy efficiency and promotes energy affordability by reducing consumption and supply tariffs⁵³.

If, as a rule, the final price is determined by the costs of production, transport, supply, and state taxes, with self-consumption the only costs to be incurred are those related to the cost of generation, which essentially arises from the installation of, for example, photovoltaic systems.

On the other hand, however, it must also be noted that the increase in the number of prosumers can cause a corresponding increase in energy costs for traditional consumers, thus leading to new situations of energy poverty. In other words, while it is true that prosumers expand the supply of energy on the market by increasing

⁵⁰ Cf. Recital No. 70, Directive 2018/2001/EU and Recital No. 44, Directive 2019/944/EU.

⁵¹ Cf. Recital No. 26 and 70, Directive 2018/2001/EU and Recital No. 44, Directive 2019/944/EU.

⁵² Recital No. 63, Directive 2018/2001/EU.

⁵³ Recital No. 67, Directive 2018/2001/EU and Recital No. 43, Directive 2019/944/EU.

competition and reducing costs through the sale of surplus energy on the national or local grid, the very fact that they no longer use this grid could lead to an increase in, for example, electricity transport prices or tariffs. This increase would inevitably be passed on to traditional consumers.

From the point of view of innovation, prosumerism then favours the spread of new technologies and new modes of consumption such as the so-called “smart grid”⁵⁴ or decentralized techniques for energy production and storage, thereby also increasing demand and the need to invest in infrastructure⁵⁵.

4.2. Energy prosumerism as a tool to combat energy poverty: utopia or reality?

In the light of the above considerations, it is clear that prosumerism can, if properly used, be a valuable aid to the development of a more sustainable and efficient energy market.

For this reason, the EU has become aware of the need to make changes in European energy policy by focusing it more and more on the active involvement of citizens, who are called upon, both individually and in association, to realize general interest objectives with an increasingly *bottom-up* approach⁵⁶.

The entire system therefore looks to the realization of the common good, cohesion and social protection in a context marked by the principles of democracy, equality and inclusion in full compliance with the ECHR and the Charter of Fundamental Rights.

As things stand, however, these objectives do not seem to have been even remotely achieved but, on the contrary, there are some critical issues that the EU legislator does not seem to have taken into due consideration.

Prosumerism is based in particular on the assumption that end customers, aware of the economic and social benefits of self-consumption, decide to invest time and resources in technologies and systems capable of harnessing renewable sources to produce energy and sell the excess on the market.

⁵⁴ Recital No. 43, Directive 2019/944/EU.

⁵⁵ Recital No. 65, Directive 2018/2001/EU.

⁵⁶ L. RUGGERI, *op. cit.*, p. 64.

This conviction, on closer inspection, presents certain problematic issues that need to be outlined, albeit briefly.

A first critical profile concerns the availability of the technologies needed to produce the energy such as, for example, photovoltaic panels. Although the production of these goods has seen rapid development in recent years precisely because of Europe's renewed focus on clean energy, they still remain "luxury" products due to the high cost of materials and production as well as the sophisticated computer systems they contain. Clearly, then, the end customer who decides to switch to these technologies still faces high upfront costs that not everyone is able to afford. This, on closer inspection, does not seem to be an issue that can be resolved even through state aid or incentives as the aspiring prosumer will always be afraid of not being able to recoup in the future what he initially spent, especially if he is already in financial difficulty.

Indeed, such behaviour should not be surprising as it stems from a particular "cognitive bias" that leads individuals to consider losses twice as much as gains, to preserve the *status quo* and to avoid any solution that might change it⁵⁷.

Through studies in the cognitive sciences⁵⁸, it has been possible to demonstrate that people make decisions driven by the need for security and, therefore, prefer to take refuge in the known rather than make a choice that may present some risk, even if it is minimal.

These considerations apply even more to the energy sector where consumers are even less likely to make purchasing choices because these have the capacity to impact the life of the entire household.

If the observations of these studies on the behaviour of individuals with respect to purchasing decisions are not given due consideration, prosumerism risks becoming

⁵⁷ Cf. C. JOLLS-C.R. SUNSTEIN-R.H. THALER, *A Behavioural Approach to Law and Economics*, in *Stan. Law Rev.*, 1998, 50; D. KAHNEMAN-J.L. KNETSCH-R.H. THALER, *Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias*, in *Journal of economic perspectives*, 1991, 5, 1; D. KHANEMAN-P. SLOVIC- A. TVERSKY, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge University Press, 1982.

⁵⁸ For an in-depth analysis see E. VIRARDI, *Le misure di contrasto alla povertà energetica alla luce dell'approccio socio-cognitivo*, forthcoming; G. RITZER ET AL., *The Coming of Age of the Prosumer*, in *Am. Behav. Scientist*, 56, 2012,

a discriminatory element between that part of the population that has the economic resources to access self-consumption and that part of the population that cannot afford such technologies and remains excluded from the energy market.

A further issue that makes the realization of a sustainable, self-consumption-oriented energy model difficult concerns the legal fragmentation that currently exists on the figure of the prosumer.

Not only do national legal systems find themselves having to readjust institutions, notions and disciplines to make them suitable for this new European approach to energy, but this situation is further complicated by the very nature of these new energy actors. More specifically, the fact that they have characteristics typical of both consumers and producers makes them difficult to place within the traditional legal categories, leaving national governments free to determine how to regulate them. This situation, of course, generates legal uncertainty and fragmentation within the Union.

It is necessary, then, to keep in mind the real behaviour of end-customers with respect to economic choices in order to avoid idolizing the prosumerism phenomenon but, above all, to recognize that only through the provision of a clear and uniform legislative framework will it finally be possible to fully exploit the potential of this phenomenon for combating energy poverty and for the realization of a more sustainable energy model⁵⁹.

⁵⁹ D. BAUKNECHT-J. BRACKER-F. FLACHSBARTH-C. HEINEMANN-D. SEEBACH-M. VOGEL, *Customer stratification and different concepts of decentralization*, in F. SIOSHANSI, *Consumer, Prosumer, Prosumager. How Service Innovations will Disrupt the Utility Business Model*, Elsevier, 2019, pp. 333 ff.

Le misure di contrasto alla povertà energetica alla luce dell'approccio socio-cognitivo

di

Emmalucia Virardi*

SOMMARIO: 1. La nozione di povertà energetica alla luce del paradigma di *energy justice*. – 2. L'apporto dell'economia comportamentale alla qualità delle politiche pubbliche. – 3. Il modello cognitivo degli individui versanti in condizione di povertà energetica. – 4. Le misure di contrasto alla povertà energetica e la loro compatibilità con il modello cognitivo.reality?

1. La nozione di povertà energetica alla luce del paradigma di *energy justice*

“Una società giusta e prospera, dotata di un'economia moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva”¹ è il progetto che emerge dal disegno del Green Deal europeo². Secondo tale paradigma, l'idea di garantire una transizione giusta dovrebbe permeare la transizione ecologica e quella energetica.

Nel settore dell'energia, tale esigenza si è inverata in un'attenzione crescente al concetto di *energy justice*³. Nella sua dimensione distributiva e commutativa⁴,

* Dottoranda di ricerca in Diritto, Scuola Superiore Universitaria Sant'Anna, emmalucia.virardi@santannapisa.it.

¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni il Green Deal europeo dell'11 dicembre 2019, p. 2.

² In generale si v. E. CHITI, *Verso una sostenibilità plurale? La forza trasformatrice del Green Deal e la direzione del cambiamento giuridico*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, n. 3, 2021, pp. 130-148; *Id*, *Managing the Ecological Transition of the EU: The European Green Deal as a Regulatory Process*, in *Common Market Law Review*, vol. 59, n. 1, 2022, pp. 19-48.

³ In relazione alle origini del concetto si v. R.J. HEFFRON-D. MCCAULEY, *The concept of energy justice across the disciplines*, in *Energy Policy*, vol. 105, 2017, pp. 658-667. Si v. inoltre B.K. SOVACOOOL-M.H. DWORKIN, *Energy justice: Conceptual insights and practical applications*, in *Applied Energy*, vol. 142, 2015, pp. 435-444; R.J. HEFFRON, *Applying energy justice into the energy transition*, in *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, vol. 156, 2022, pp. 1-9.

quest'ultimo individua il fenomeno della povertà energetica quale area di necessario intervento. In altri termini, si può altresì ritenere che il fenomeno in esame costituisca la traduzione dell'idea di *energy justice* attraverso la prospettiva dell'individuo.

Dopo aver contestualizzato il fenomeno di povertà energetica in relazione alle transizioni e aver posto l'accento sull'emersione dell'*energy justice* quale proposto vettore valoriale dell'intervento pubblico, occorre operare un tentativo di concettualizzazione del fenomeno. Anzitutto, bisogna dar conto del fatto che, com'è noto, la scelta degli indicatori e lo sviluppo di una definizione unitaria⁵ costituiscono elementi fondamentali e preliminari rispetto ad una qualsiasi analisi sul punto. Tuttavia, si vuole qui porre l'attenzione su un profilo differente. Prima di interrogarsi sull'opportunità dell'individuazione e dell'utilizzo di un diverso agente di riferimento, infatti, si ritiene necessario comprendere se la povertà energetica possa profilarsi come autonomo oggetto di regolazione e non soltanto come fenomeno trasversale. La risposta a tale interrogativo ha quale implicazione l'adozione di una prospettiva meramente focalizzata sulle diverse componenti singolarmente considerate o, al contrario, di una più spiccatamente olistica che tenga conto della loro dinamica interazione⁶.

Tale punto si pone anzitutto in relazione al rapporto che intercorre tra la povertà energetica e la povertà in generale; più in particolare, se esso sia di corrispondenza,

⁴ I. DEL GUAYO, *Energy Poverty and Energy Access. A Legal Analysis*, in I. DEL GUAYO-L. GODDEN-D.D. ZILLMAN-M.F. MONTOYA-J.J. GONZÁLEZ (a cura di), *Energy Justice and Energy Law*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 31-47, in cui la giustizia distributiva è associata con l'approccio che "*favours direct public intervention to help citizens to pay their energy bills*", mentre la giustizia commutativa è associata con quello che "*favours a more holistic group of instruments to help poor people to escape from poverty by themselves, and, hence, from fuel poverty*". Si v. altresì A. MCHARG, *Energy Justice. Understanding the 'Ethical Turn' in Energy Law and Policy*, in I. DEL GUAYO-L. GODDEN-D.D. ZILLMAN-M.F. MONTOYA-J.J. GONZÁLEZ (a cura di), *Energy Justice*, cit., pp. 15-30.

⁵ Uno primo sforzo in tal senso si fa risalire a B. BOARDMAN, *Fuel Poverty: From Cold Homes to Affordable Warmth*, Belhaven Press, Londra, 1991. Si v. Energy Poverty Advisory Hub, *Energy Poverty National Indicators: Insights for a more effective measuring*, ottobre 2022; R. MOORE, *Definitions of fuel poverty: Implications for policy*, in *Energy Policy*, vol. 49, 2012, pp. 19-26.

⁶ Si v. sull'ultimo punto S. BESSA-J.P. GOUVEIA, *A framework for policy mix analysis: assessing energy poverty policies*, in *Journal of Environmental Economics and Policy*, 2022, pp. 1-17.

derivazione o autonomia⁷. Da una parte, infatti, la condizione di povertà risulta sicuramente essere uno dei principali fattori che contribuiscono a creare una situazione di impossibilità di soddisfazione dei propri bisogni energetici. Dall'altra, tuttavia, ritenere la povertà energetica quale mera declinazione della povertà in generale non permette di cogliere la sua posizione all'interno della transizione energetica e di quella idea che, come si è detto, sta alla base del *Green Deal* europeo. Ciò equivarrebbe, inoltre, ad una lettura del fenomeno troppo riduttiva e non metterebbe in luce il ruolo che l'energia ha nell'esercizio dei diritti fondamentali della persona.

Ulteriore interrogativo concerne il rapporto con la tutela dei consumatori e con il concetto di cliente vulnerabile (tale ultima categoria è lasciata alla definizione dei singoli Stati Membri dal tessuto europeo, pur facendosi *ivi* riferimento a “i livelli di reddito, la quota del reddito disponibile destinata alle spese per l'energia, l'efficienza energetica delle abitazioni, la dipendenza critica dalle apparecchiature elettriche per motivi di salute, l'età”)⁸. Si configura un doppio binario di protezione che, se da una parte è caratterizzato da possibili punti di sovrapposizione, dall'altra può però rappresentare terreno fertile per la creazione di sinergie tra le misure. Tuttavia, bisogna sottolineare come si tratti di due aree ontologicamente differenti, seppur strettamente connesse. Per poter cogliere tale diversità si è posta l'enfasi sulla

⁷ B. VOLTAGGIO, *La povertà energetica: definizione e dimensione del fenomeno*, in S. SUPINO-B. VOLTAGGIO (a cura di), *La povertà energetica. Strumenti per affrontare un problema sociale*, il Mulino, Bologna, 2018, pp. 11-52.

⁸ M. ROGGENKAMP-L. DIESTELMEIER, *Energy Market Reforms in the EU. A New Focus on Energy Consumers, Energy Poverty, and Energy (in)Justice?*, in I. DEL GUAYO-L. GODDEN-D.D. ZILLMAN-M.F. MONTOYA-J.J. GONZÁLEZ (a cura di), *Energy Justice*, cit., pp. 160-177. In relazione alla disciplina relativa ai clienti vulnerabili nel *framework* europeo, sottolineando che il tema è stato preso in considerazione da quest'ultimo da tempo, si rimanda all'articolo 28 della Direttiva (UE) 2019/944 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 giugno 2019 relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che modifica la direttiva 2012/27/UE. Si sottolinea inoltre che la categoria è altresì presa in considerazione dal piano RepowerEU e dal correlato pacchetto di proposte. Si v. altresì da ultimo la proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica i Regolamenti (UE) 2019/943 e (UE) 2019/942 e le Direttive (UE) 2018/2001 e (UE) 2019/944 per migliorare l'assetto del mercato dell'energia elettrica dell'Unione del 14 marzo 2023. In relazione alla disciplina italiana si rimanda a V. CAPPELLI, *Profili privatistici delle nuove discipline in materia di promozione dell'energia rinnovabile e regolazione del mercato elettrico (d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199 e d.lgs. 8 novembre 2021, n. 210)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 5, 2022, pp. 1185-1218.

relazione che intercorre con il paradigma di *energy justice*, non sussistendo soltanto la necessità di correggere asimmetrie contrattuali, e sulla ricomprensione in tema di povertà energetica della possibilità di utilizzare energia *pulita*⁹.

2. L'apporto dell'economia comportamentale alla qualità delle politiche pubbliche

Pur essendosi registrata nel panorama europeo l'adozione di diverse misure in punto di contrasto alla povertà energetica¹⁰, l'assetto attualmente esistente è stato ritenuto a più riprese ancora insufficiente a combattere il fenomeno¹¹. Ciò si innesta su una più generale e sempre più avvertita esigenza di un impianto regolatorio in grado di rispondere in maniera efficace alle esigenze della società¹², che si traduce in una considerazione della qualità delle regole come non del tutto soddisfacente, soprattutto in relazione ad alcuni ambiti del diritto ritenuti estremamente stratificati e poco razionalizzati.

In tale contesto si colloca la valutazione della rispondenza degli effetti della politica pubblica¹³ con l'obiettivo individuato dal regolatore¹⁴. Tale tema è stato declinato sia nei termini di effettività in senso sostanziale, intesa quale rispetto da parte dei destinatari allo scopo perseguito dalla norma e non soltanto del suo dato formale¹⁵,

⁹ I. DEL GUAYO, *Energy Poverty*, cit., in I. DEL GUAYO-L. GODDEN-D.D. ZILLMAN-M.F. MONTOYA-J.J. GONZÁLEZ (a cura di), *Energy Justice*, cit., p. 37.

¹⁰ S. SUPINO, *Le misure di contrasto adottate dagli Stati esteri: una prospettiva comparatistica*, in S. SUPINO-B. VOLTAGGIO (a cura di), *La povertà energetica*, cit., pp. 117-191.

¹¹ Si v., *ex multis*, Energy Poverty Advisory Hub, *Introduction to the Energy Poverty Advisory Hub (EPAH) Handbooks: A Guide to Understanding and Addressing Energy Poverty*, maggio 2022.

¹² Dal punto di vista istituzionale, sussiste ad oggi la contemporanea presenza di diverse forze disgregatrici, che hanno concorso a minare il ruolo dello Stato, assistendosi altresì all'emersione di diversi ed eterogenei centri di regolazione. Sul punto si registra copiosa e autorevole dottrina. Si rimanda, tra i tanti, a S. CASSESE, *The global polity. Global dimensions of democracy and the rule of law*, Global law press, Sevilla, 2012. Si v. altresì B. DE SOUSA SANTOS, *Toward a New Legal Common Sense. Law, Globalization, and Emancipation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.

¹³ Per la nozione di politica pubblica e dei suoi elementi essenziali si v. A. LA SPINA-E. ESPA, *Analisi e valutazione delle politiche pubbliche*, il Mulino, Bologna, 2011, pp. 17-18.

¹⁴ In relazione alle problematicità relative all'individuazione dello scopo di una politica pubblica si v. D. CANALE-G. TUZET, *Intenzioni del legislatore e ragionamento controfattuale*, in *Analisi e diritto*, 2014, pp. 195-209.

¹⁵ M. DE BENEDETTO-N. RANGONE, *La questione amministrativa dell'effettività: regole, decisioni e fatti*, in *Diritto pubblico*, fasc. 3, settembre-dicembre 2019, pp. 747-792.

sia nei termini di efficacia in senso lato, intesa quale rispondenza degli effetti prodotti dalla norma agli scopi perseguiti¹⁶. In ogni caso, l'avvertita esigenza di interrogarsi circa il perseguimento dell'obiettivo della politica pubblica ha portato, negli anni, all'utilizzo anche da parte della dottrina giuridica di nozioni afferenti ad altre discipline, da ultimo alle scienze cognitive¹⁷.

Proprio entro tale ordine di idee si è sviluppato negli anni '60 negli Stati Uniti il movimento di *law and economics*, che si occupa di analizzare la disciplina giuridica attingendo dalle nozioni e dai moduli dell'economia¹⁸ e, successivamente e a partire da tale contesto, la *behavioural law and economics*¹⁹. Il modello economico preso tradizionalmente come riferimento, nella valutazione di quelli che saranno gli effetti di un dato sistema di regole, è quello neoclassico dell'agente razionale²⁰, per cui premessa dell'analisi è che il comportamento umano è spiegabile e prevedibile alla luce della teoria della scelta razionale²¹. Tuttavia, è stato evidenziato come l'utilizzo del modello dell'agente razionale rischia di annullare la forza predittiva dell'analisi economica del diritto, in quanto quest'ultima verrebbe modellata con costrutti cognitivi differenti da quelli che l'essere umano, dotato in

¹⁶ G. TUZET, *Effettività, efficacia, efficienza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, fasc. 1, giugno 2016, pp. 207-223.

¹⁷ N. RANGONE, *Making law effective: behavioural insights into compliance*, in *European Journal of Risk Regulation*, 9, 2018, pp. 483-501; L. COMINELLI, *Cognition of the law. Towards a cognitive sociology of law and behavior*, Springer, Cham, 2018.

¹⁸ Per un'analisi puntuale sull'evoluzione della *law and economics* si rimanda a G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, il Mulino, Bologna, 2001, pp. 141-176.

¹⁹ C. JOLLS, *Behavioral Law and Economics*, Yale Law & Economics Research Paper n. 342, 29 gennaio 2007, "behavioral law and economics involves both the development and the incorporation within law and economics of behavioral insights drawn from various fields of psychology".

²⁰ R. A. POSNER-F. PARISI, *Law and economics: an introduction*, in R. A. POSNER-F. PARISI, *Law and economics: theoretical and methodological foundations*, vol. 1, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 1997.

²¹ Il riferimento è inoltre a quello che è considerato il principale tra i fattori che entrano in gioco nel processo decisionale, ossia la massimizzazione della propria ricchezza. Si v. in proposito R. A. POSNER, *Utilitarianism, economics, and legal theory*, in *The journal of legal studies*, vol. 8, n. 1, 1979, pp. 103-140. Quest'ultimo punto è inoltre stato fatto oggetto di diverse critiche in quanto la massimizzazione della ricchezza non è stata ritenuta un parametro apprezzabile, R. DWORKIN, *Is wealth a value?*, in *The journal of legal studies*, vol. 9, n. 2, 1980, pp. 191-226, che si sofferma in particolare sui punti di frizione che crea prendere la massimizzazione di ricchezza come parametro nella versione normativa del movimento. Si v. altresì R. A. POSNER, *Wealth maximization revisited*, in *Journal of law, ethics & public policy*, vol. 2, 1985, pp. 85-105.

realtà di razionalità limitata, utilizza nell'effettivo²². A venire in soccorso, a questo punto, è stato l'utilizzo delle scienze cognitive²³ che, interrogandosi sui modelli di comportamento delle persone, permetterebbero di comprendere l'effettivo svolgimento del processo decisionale²⁴. Assunto di tale sforzo è che, attraverso l'utilizzo di tali moduli, le ipotesi formulate sull'interazione che ci sarà tra il sistema di regole e la realtà aumenteranno di accuratezza²⁵. Sotto un altro punto di vista, si deve notare come l'allontanamento dal paradigma dell'*homo oeconomicus* possa dare origine a due letture: da una parte, infatti, si può rinvenire in ciò un ulteriore fallimento del mercato, in questo caso cognitivo, valevole a legittimare un intervento del legislatore²⁶; dall'altra, invece, esso potrebbe portare ad un ripensamento dell'agente preso a riferimento²⁷.

Se, da una parte, il movimento di *behavioural law and economics* ha riscontrato molto entusiasmo in parte della letteratura e, successivamente, nell'ambito di *policy making*, dall'altra sono state identificate diverse criticità con le sue premesse ed i suoi corollari²⁸. Più in particolare, si è sottolineato come il modello suggerito dalle scienze cognitive non sia univoco e come ciò possa comportare un utilizzo scorretto del paradigma di riferimento da parte della scienza giuridica²⁹. A ciò si aggiungono

²² T. S. ULEN, *Behavioral law and economics*, in T. S. ULEN (a cura di), *Methodologies of law and economics*, Edward elgar publishing, Cheltenham, 2017, pp. 203-243. Più in particolare, le caratteristiche più importanti evidenziate dalla ricerca empirica possono essere raggruppate in quattro categorie: (i) "inertia and procrastination"; (ii) "framing and presentation"; (iii) "social influences"; (iv) "difficulties in assessing probability", C.R. SUNSTEIN, *Empirically Informed Regulation*, in *University of Chicago Law Review*, vol. 78, n. 4, 2011.

²³ A. TVERSKY-D. KAHNEMAN, *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, in *Science*, vol. 211, 1981, pp. 453-458.

²⁴ R. B. KOROBKIN-T. S. ULEN, *Law and behavioral science: removing the rationality assumption from law and economics*, in *California law review*, vol. 88, n. 4, 2000, pp. 1051-1144.

²⁵ T. S. ULEN, *Behavioral law*, cit., in T. S. ULEN (a cura di), *Methodologies of law*, cit., pp. 203-243.

²⁶ F. DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Giuffrè Editore, Milano, 2002, pp. 79 e ss; O. BAR-GILL, *Seduction by Contract, Law Economics, and Psychology in Consumer Markets*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

²⁷ S. ZORZETTO, *Rational, Reasonable and Nudged Man*, in *Teoria E Critica Della Regolazione Sociale*, vol. 2, n. 19, 2019, pp. 73-94.

²⁸ M. HALLSWORTH-E. KIRKMAN, *Behavioral Insights*, MIT Press, Cambridge, 2020.

²⁹ P. PAŁKA, *Private Law and Cognitive Science*, in B. BROŹEK -J. HAGE-N. VINCENT (a cura di), *Law and Mind: A Survey of Law and the Cognitive Sciences*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, pp. 217-248. Sulle difficoltà insite nel metodo interdisciplinare si v. P. CHIASSONI, *The Law and Cognitive Sciences Enterprise: A Few Analytic Notes*, in B. BROŹEK -J. HAGE-N. VINCENT (a cura di), *Law and Mind*, cit., pp. 490-506.

preoccupazioni di tipo metodologico, tese a scongiurare la confusione tra il piano normativo e descrittivo (e a evitare l'utilizzo di normatività nascoste)³⁰, e di tipo etico in relazione alle soluzioni proposte, viste quali possibili veicoli di manipolazione e pericolo per l'autodeterminazione degli individui³¹.

3. Il modello cognitivo degli individui versanti in condizione di povertà energetica

Al fine di poter guardare alla povertà energetica e alle correlate risposte ordinamentali tramite un approccio socio-cognitivo, è a questo punto necessario tracciare il modello di riferimento dei soggetti colpiti da tale fenomeno. Più in particolare, è possibile notare come entrino in gioco, da una parte, elementi che sono comuni all'insieme più generale dei consumatori³² e, dall'altra, fattori che sono direttamente riconducibili alla condizione di povertà³³. Tale disamina sarà effettuata dando conto in forma aggregata delle risultanze dell'analisi empirica di riferimento, sottolineando come si tratti di caratteristiche che si sommano nell'individuo versante in condizione di povertà energetica e che valgono collettivamente ad allontanarlo dal modello di agente razionale.

Con riferimento al primo gruppo, la letteratura rilevante ha anzitutto messo in luce il fenomeno dei cc.dd. *present-biased preferences* (o *time-varying discounts*)³⁴. Con tale

³⁰ L. COMINELLI, *Scienze sociali o scienze cognitive? Idee per un approccio socio-cognitivo*, in *Sociologia del diritto*, n. 1, 2022, pp. 37-52. Alla luce del parametro prescelto, infatti, l'analisi può essere condotta secondo un approccio descrittivo, che è volto a valutare quello che il diritto è, oppure tramite un approccio normativo, che è volto a suggerire quello che il diritto dovrebbe essere. Sul punto si v. altresì P. CSERNE, *Behavioural law and economics as litmus test*, TILEC Discussion Paper, aprile 2017, disponibile su <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2973907>.

³¹ M.D. WHITE, *Behavioral Law and Economics: The Assault on Consent, Will, and Dignity*, in C. FAVOR-G. GAUS- J. LAMONT (a cura di), *New Essays on Philosophy, Politics & Economics: Integration and Common Research Projects*, Stanford University Press, Stanford, 2010, pp. 201- 223.

³² S.A. LAVRIJSEN, *The Different Faces of Energy Consumers: Toward a Behavioral Economics Approach*, in *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 10, no. 2, 2014, pp. 257-292.

³³ A. MANI-S. MULLAINATHAN-E. SHAFIR-J. ZHAO, *Poverty impedes cognitive function*, in *Science*, vol. 341, 2013, pp. 976-980; S. MULLAINATHAN-E. SHAFIR, *Scarcity. Perché avere poco significa tanto*, il Saggiatore, Milano, 2014; P. ANAND-S. LEA, *The psychology and behavioural economics of poverty*, in *Journal of Economic Psychology*, vol. 32, n. 2, 2011, pp. 284-293.

³⁴ M.G. POLLITT-I. SHAORSHADZE, *The Role of Behavioural Economics*, in *Energy and Climate Policy*, 2011; G. LOEWENSTEIN-L. JOHN-K.G. VOLPP, *Using decision errors to help people help themselves*, in E. SHAFIR (a cura di), *The behavioral foundations of public policy*, Princeton

espressione ci si riferisce alla circostanza per cui le scelte dei consumatori sono influenzate dall'orizzonte temporale nel quale si concretizzeranno determinati benefici o costi. Più in particolare, si è evidenziato come tale categoria attribuisca un maggiore peso alle uscite ed alle entrate immediate o di breve periodo, riconoscendo un impatto più marginale alla prospettiva di lungo periodo nel processo decisionale. Ciò si traduce, ad esempio, in scelte meno energeticamente efficienti nell'acquisto di elettrodomestici a fronte di un investimento iniziale più basso.

Un ulteriore punto di divergenza è riconducibile alla c.d. *prospect theory*³⁵, secondo cui i consumatori, nel prendere decisioni, non confrontano le diverse opzioni possibili, ma valutano le alternative in relazione a determinati punti di partenza. Inoltre, è possibile altresì notare come vi sia una maggiore propensione a prendere decisioni che si concretizzano in minori perdite piuttosto che in maggiori guadagni. Da ciò deriva un *bias* cognitivo dei consumatori legato allo *status quo* e all'inerzia³⁶, che li rende meno inclini, dal punto di vista energetico, a cambiare fornitore o a prendere in considerazione piani tariffari diversi da quelli generali.

Inoltre, entrano altresì in gioco le c.d. *simplified choice strategies*³⁷, che si riferiscono al fatto che i consumatori hanno a disposizione un insieme limitato di informazioni ed una capacità non ottimale di utilizzarle (vi è inoltre il rischio della c.d. *choice*

University Press, Princeton, 2013, pp. 361-379; G. AINSLIE, *Specious reward: a behavioral theory of impulsiveness and impulse control*, in *Psychological bulletin*, vol. 82, n. 4, 1975, pp. 463-96; S. FREDERICK-G. LOEWENSTEIN-T. O'DONOGHUE, *Time Discounting and Time Preference: A Critical Review*, in *Journal of Economic Literature*, vol. 40, n. 2, 2002, pp. 351-401; T. O'DONOGHUE-M. RABIN, *The economics of immediate gratification*, in *Journal of behavioral decision making*, vol. 13, n. 2, 2000, pp. 233-250.

³⁵ D. KAHNEMAN-A. TVERSKY, *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*, in *Econometrica*, vol. 47, n. 2, 1979, pp. 263-91; M.G. POLLITT-I. SHAORSHADZE, *The Role of Behavioural*, cit., pp. 4-5.

³⁶ W. SAMUELSON-R. ZECKHAUSER, *Status quo bias in decision making*, in *Journal of Risk and Uncertainty*, n. 1, 1988, pp. 7-59; G. LOEWENSTEIN-L. JOHN-K.G. VOLPP, *Using decision errors*, cit., in E. SHAFIR (a cura di), *The behavioral foundations*, cit., p. 363; D. KAHNEMAN-J.L. KNETSCH-R.H. THALER, *Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias*, in *Journal of Economic Perspectives*, vol. 5, n. 1, 1991, pp. 193-206. Sull'utilizzo di tale *bias* in relazione ad un diverso tema si v. E.G. JOHNSON-D.G. GOLDSTEIN, *Do defaults save lives?*, in *Science*, vol. 302, 2003, pp. 1338-1339.

³⁷ M.G. POLLITT-I. SHAORSHADZE, *The Role of Behavioural*, cit., p. 4; S.A. LAVRIJSEN, *The Different Faces*, cit., p. 276.

*overload phenomenon*³⁸). In altri termini, il modello decisionale di riferimento non si basa su un'analisi consapevole di costi e benefici, ma su strategie di scelta semplificate. Dal punto di vista energetico, è riscontrabile il rischio di scelta di un contratto di fornitura ritenuto accettabile a fronte della ricerca di quello ottimale.

Infine, è possibile porre in luce il c.d. *prosocial behaviour*³⁹. A differenza di quanto potrebbe suggerire il modello dell'agente razionale, infatti, nel processo decisionale dei consumatori potrebbero entrare altresì considerazioni di natura non individuale, come quelle ambientali (es. disponibilità a pagare di più per fonti di energia pulita). In relazione a ciò, tuttavia, è necessario notare che tale propensione sia influenzata da fattori ulteriori (es. reddito) e potrebbe dunque risultare non pertinente nel caso in esame.

Con riferimento al secondo gruppo (elementi riconducibili alla condizione di povertà), è opportuno notare come la letteratura abbia evidenziato che la condizione di povertà si traduce in una scarsità di risorse non soltanto economiche, ma altresì cognitive⁴⁰. In altri termini, la povertà energetica risulta dunque essere un fattore che impatta direttamente i comportamenti individuali e i processi decisionali.

Si è evidenziato come la predetta influenza sui moduli cognitivi porti gli individui versanti in condizione di povertà energetica ad adottare scelte diseconomiche ed inefficienti. Ciò avviene in quanto è abbattuta la propensione a considerare opzioni alternative, l'attenzione ai bisogni da soddisfare è focalizzata su quelli immediati e di prima necessità, non vi è la propensione ad aderire a obiettivi di lungo termine e il calcolo di *trade off* tra costi e benefici è reso più difficoltoso.

³⁸ M.G. POLLITT-I. SHAORSHADZE, *The Role of Behavioural*, cit., p. 5. In altri termini si v. S.S. IYENGAR-M.R. LEPPER, *When choice is demotivating: Can one desire too much of a good thing?*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 79, n. 6, 2000, pp. 995-1006.

³⁹ M.G. POLLITT-I. SHAORSHADZE, *The Role of Behavioural*, cit., pp. 6-7; S.A. LAVRIJSEN, *The Different Faces*, cit., p. 277; L. STEG-C. VLEK, *Encouraging pro-environmental behaviour: An integrative review and research agenda*, in *Journal of Environmental Psychology*, vol. 29, n. 3, 2009, pp. 309-317.

⁴⁰ E. SHAFIR, *Decisions in poverty contexts*, in *Current Opinion in Psychology*, vol. 18, 2017, pp. 131-36.

Gli effetti conseguenti alla scarsità di risorse energetiche, inoltre, sono interdipendenti e si acquiscono a vicenda. In merito a tali dinamiche, si è puntualmente evidenziato in letteratura⁴¹ quanto segue: (i) la povertà ha effetti negativi sulla capacità di attenzione, che si concentra esclusivamente sull'oggetto della scarsità (*focusing*); (ii) l'individuo versante in condizione di povertà è portato a non dedicare attenzione ai bisogni non di prima necessità (*content of cognition*); (iii) vi sono meno risorse cognitive per gli investimenti di lungo periodo (*willpower*); (iv) l'individuo diviene più avverso al rischio e tende a prendere decisioni diseconomiche ed inefficienti (*bandwidth*); e (v) vi è un aggravio di carico cognitivo e maggiore rischio di errori o ritardo nelle decisioni (*limited cognition*).

4. Le misure di contrasto alla povertà energetica e la loro compatibilità con il modello cognitivo

Dopo aver identificato il modello di riferimento tramite l'analisi della letteratura rilevante, ci si deve interrogare sull'opportunità di un approccio socio-cognitivo per il decisore pubblico nel determinare strumenti di contrasto alla povertà energetica⁴². Tale riflessione si può sostanziare sia in una rilettura degli strumenti esistenti, al fine di valutarne la compatibilità con il modello cognitivo e di indicarne una possibile rivisitazione (secondo, quindi, prima un approccio descrittivo e poi

⁴¹ La riportata sistematizzazione è operata da J. LOWITZSCH-F. HANKE, *Consumer (Co) Ownership in Renewables, Energy Efficiency and the Fight against Energy Poverty – a Dilemma of Energy Transitions*, in *Renewable Energy Law and Policy Review (RELPR)*, vol. 9, n. 3, 2019, pp. 5-21. Per approfondimenti si rinvia a S. MULLAINATHAN-E. SHAFIR, *Scarcity. Perché avere poco*, cit.; A. K. SHAH-J. ZHAO-S. MULLAINATHAN-E. SHAFIR, *Money in the mental lives of the poor*, in *Social Cognition*, vol. 36, n. 1, 2018, pp. 4-19; F. SCHILBACH-H. SCHOFIELD-S. MULLAINATHAN, *The Psychological Lives of the Poor*, in *American Economic Review*, vol. 106, n. 5, 2016, pp. 435-40; D. SPEARS, *Economic Decision-Making in Poverty Depletes Behavioral Control*, in *The B.E. Journal of Economic Analysis & Policy*, vol. 11, n. 1, 2011, pp. 1-42; R.F. BAUMEISTER-E. BRATSLAVSKY-M. MURAVEN-D.M. TICE, *Ego depletion: is the active self a limited resource?*, in *Journal of personality and social psychology*, vol. 74, n. 5, 1998, pp. 1252-65.

⁴² R. VIALE, *Che cos'è l'analisi comportamentale delle politiche pubbliche*, in R. VIALE-L. MACCHI (a cura di), *Analisi comportamentale delle politiche pubbliche. Nudge e interventi basati sulle scienze cognitive*, il Mulino, Bologna, 2021, pp. 19-42. In relazione al settore dell'energia, si v. A. BIANCARDI, *I principi dell'economia cognitiva e la regolazione del mercato energetico*, in G.R. ELGUETA-N.VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma Tre press, Roma, 2014, pp. 261-268.

normativo), sia nella proposta di implementazione di politiche tradizionalmente suggerite dall'economia comportamentale (come il *nudge*⁴³ e l'*empowerment*)⁴⁴.

Risulta anzitutto utile rifarsi alle sistematizzazioni avanzate in materia al fine di individuare le tipologie di interventi apportati⁴⁵. Tale sforzo è condizionato dal carattere trasversale che caratterizza la povertà energetica nella sua veste di oggetto di regolazione proprio in quanto, come già notato, essa è strettamente connessa con le cause che concorrono a causarla. Ciò implica che, nel tracciare una panoramica degli strumenti che se ne occupano, si dovrà tener conto altresì di quelle misure che incidono sulle sue fonti.

Anzitutto, una delle tipologie di interventi presi in considerazione concerne l'erogazione di sussidi al reddito⁴⁶. Tale misura si rivolge direttamente ai soggetti beneficiari, individuati nell'ambito della stessa tipicamente tramite il riferimento ai livelli di reddito. Si può notare, dunque, come essa non costituisca un intervento

⁴³ R.H. THALER-C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Feltrinelli, Milano, 2014; C.R. SUNSTEIN, *Misconception about nudges*, in *Journal of Behavioral Economics for Policy*, vol. 2, n. 1, 2018, pp. 61-67; L. CONGIU-I. MOSCATI, *A review of nudges: definitions, justifications, effectiveness*, in *Journal of Economic Surveys*, vol. 36, n. 1, 2022, pp. 188-213.

⁴⁴ F. DI PORTO-N. RANGONE, *Behavioural Sciences in Practice: Lessons for EU Rulemakers*, in A. ALEMANNI-A. SIBONY (a cura di), *Nudge and the law. A European perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2015, pp. 29-59.

⁴⁵ Una prima sistematizzazione, operata dall'Osservatorio Italiano sulla Povertà Energetica (OIPE), prende in considerazione tre tipologie di intervento e, segnatamente, le azioni per l'efficienza energetica, le azioni per la riduzione dei prezzi finali e le azioni per il sostegno al reddito (Osservatorio Italiano sulla povertà energetica (OIPE), *Rapporto sullo stato della povertà energetica in Italia*, 2019, p. 9-10). Diversamente, si identificano quattro categorie, consistenti in interventi sul reddito, tariffe sociali e politiche sui costi dell'energia, misure di protezione, azioni a sostegno dell'efficienza energetica e informazione e formazione (S. SUPINO, *Le strategie di contrasto alla povertà energetica: una panoramica*, in S. SUPINO-B. VOLTAGGIO (a cura di), *La povertà energetica*, cit., pp. 99-115). Sulla stessa linea, si distinguono interventi finanziari a breve termine, misure a protezione dei consumatori rinnovabili, misure per l'efficienza energetica e misure per aumentare la consapevolezza e l'informazione dei consumatori (Trinomics, *Selecting Indicators to Measure Energy Poverty*, maggio 2016; I. KYPRIANOU-D.K. SERGHIDES-A. VARO-J.P. GOUVEIA-D. KOPEVA-L. MURAUSKAITE, *Energy poverty policies and measures in 5 EU countries: A comparative study*, in *Energy and Buildings*, vol. 196, 2019, pp. 46-60).

⁴⁶ Sul tema si v. in generale R. FATTIBENE, *Povertà e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.

diretto sulla povertà energetica, costituendo più in generale un'azione di politica sociale improntata al contrasto della povertà⁴⁷.

Un'ulteriore tipologia di misura concerne gli interventi volti a ridurre il costo dell'energia per alcune categorie di utenti, consistendo, più in particolare, in tariffe sociali o *bonus*⁴⁸. Tale tipo di intervento si caratterizza per essere mirato al fenomeno di vulnerabilità energetica, ma è comunque normalmente di breve periodo ed interviene, pur se in prospettiva *ex ante*, a valle del consumo⁴⁹.

Secondo alcune sistematizzazioni, si profila come categoria autonoma altresì quella delle misure di protezione, con riferimento a quelle regole che proteggono l'utente dal rischio di disconnessione⁵⁰. Esse possono configurarsi quale divieto diretto di interruzione della fornitura elettrica oppure come meccanismi indiretti volti a gestire il debito o introdurre una fase di dialogo. Similmente alla precedente categoria, si può notare come esse siano specificamente pensate per arginare il fenomeno in esame e a valle del consumo, intervenendo tuttavia soltanto a seguito della concretizzazione della situazione che determina la potenziale disconnessione⁵¹.

Ulteriore categoria comune alle diverse tipizzazioni risulta essere quella degli interventi a sostegno dell'efficienza energetica delle abitazioni⁵². Con tale tipo di misura, si tenta di intervenire su uno di quelli che è considerato tra le più incidenti cause di povertà energetica e, allo stesso, ci si pone in un'ottica di lungo periodo⁵³.

⁴⁷ S. SUPINO, *Le strategie di contrasto*, cit., in S. SUPINO-B. VOLTAGGIO (a cura di), *La povertà energetica*, cit., p. 100.

⁴⁸ INSIGHT-E, *Measures to protect vulnerable consumers in the energy sector: an assessment of disconnection safeguards, social tariffs and financial transfers*, policy report n. 8, dicembre 2016, pp. 42 e ss.

⁴⁹ S. SUPINO, *Le strategie di contrasto*, cit., in S. SUPINO-B. VOLTAGGIO (a cura di), *La povertà energetica*, cit., pp. 102-103.

⁵⁰ INSIGHT-E, *Measures to protect vulnerable*, cit., pp. 13 e ss.

⁵¹ S. SUPINO, *Le strategie di contrasto*, cit., in S. SUPINO-B. VOLTAGGIO (a cura di), *La povertà energetica*, cit., pp. 106-110.

⁵² A. BORDIN, *Il risparmio energetico nelle abitazioni*, in *Ambiente e sviluppo*, 2014, n. 1, pp. 56 e ss. Si v., inoltre, la Raccomandazione (UE) 2019/786 della Commissione, dell'8 maggio 2019, sulla ristrutturazione degli edifici e la Raccomandazione (UE) 2019/1019 della Commissione, del 7 giugno 2019, sull'ammodernamento degli edifici.

⁵³ S. SUPINO, *Le strategie di contrasto*, cit., in S. SUPINO-B. VOLTAGGIO (a cura di), *La povertà energetica*, cit., p. 111.

Infine, con le azioni di informazione e formazione ci si riferisce a quel novero di strumenti tesi a incrementare la consapevolezza circa il fenomeno e le modalità per combatterlo in relazione ai soggetti che da esso possono essere colpiti⁵⁴.

Sembra sfuggire a questa classificazione il c.d. *prosumerism*⁵⁵ che, com'è stato suggerito, potrebbe altresì delinearci quale strumento incidente positivamente sul fenomeno della povertà energetica⁵⁶. Esso si riferisce a forme di autoconsumo dell'energia, in forma individuale o aggregata.

Infine, si è altresì posto l'accento sul fatto che le descritte azioni, pur creando meccanismi tesi a garantire il soddisfacimento dei bisogni energetici, pongono l'accento su un ruolo meramente passivo del soggetto⁵⁷. Ad esse dovrebbe accompagnarsi, secondo il paradigma della c.d. *energy citizenship*, un *focus* altresì sul ruolo istituzionale che possono avere gli individui versanti in condizione di povertà energetica⁵⁸.

Effettuata l'enucleazione delle misure poste in essere nell'ambito del contrasto alla povertà energetica, è possibile vagliarne l'efficacia alla luce del modello cognitivo delineato.

Anzitutto, un primo gruppo di interventi (e, segnatamente, l'erogazione di sussidi al reddito, la riduzione del costo dell'energia per alcune categorie di utenti e le misure di protezione) contribuiscono a evitare che l'individuo si trovi in uno stato di scarsità di risorse cognitive o, comunque, a ridurne in parte l'incidenza. Come evidenziato, la necessità di preoccuparsi di bisogni di prima necessità impatta

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 115-116.

⁵⁵ Si tratta di un termine derivante dalla crasi tra le parole "*producer*" e "*consumer*", proprio a identificare l'accorpamento delle due categorie in un'unica figura. La nascita del termine è da ricondurre ad A. TOFFLER, *The Third Way*, William Morrow, New York, 1980. Si v. T. FAVARO, *Regolare la «transizione energetica»: Stato, mercato, innovazione*, CEDAM, Milano, 2020, pp. 65 e ss.

⁵⁶ A. GRIGNANI, *Le comunità di energia rinnovabile: utile risorsa per il contrasto alla povertà energetica*, in *Ambiente e sviluppo*, n. 2, 2022, pp. 113-125.

⁵⁷ N. DELLAVALLE-V. CZAKO, *Empowering energy citizenship among the energy poor*, in *Energy Research & Social Science*, vol. 89, 2022. Si v. altresì M. WAHLUND-J. PALM, *The role of energy democracy and energy citizenship for participatory energy transitions: a comprehensive review*, in *Energy Research & Social Science*, vol. 87, 2022. Per una lettura più critica della letteratura finora esistente sul punto si v. A. SILVAST-G. VALKENBURG, *Energy citizenship: a critical perspective*, in *Energy Research & Social Science*, vol. 98, 2023.

⁵⁸ N. DELLAVALLE-V. CZAKO, *Empowering energy citizenship*, cit.

negativamente il processo decisionale. Le misure in esame influiscono positivamente su tale profilo, preservando inoltre l'autonomia dell'individuo, ma rimangono proiettate in una dimensione temporale definita, non essendo da sole in grado di affrontare il fenomeno in maniera definitiva.

Un secondo gruppo di interventi (e, segnatamente, quelli volti al miglioramento dell'efficienza energetica degli edifici e alla promozione del modello di *prosumerism*) possono porsi quale strumento in grado di eliminare strutturalmente la condizione di povertà energetica. Tuttavia, da una parte, si rende necessario l'intervento pubblico di erogazione di risorse finanziarie⁵⁹ e, dall'altra, le caratteristiche cognitive del soggetto versante in condizione di povertà energetica impediscono a quest'ultimo di valutare pienamente i benefici di queste opzioni.

Infine, un ruolo molto importante dal punto di vista cognitivo può essere rivestito dalle azioni di informazione e formazione (e, similmente, dalla promozione del paradigma di *energy citizenship*). Esse, infatti, possono svolgere una funzione sussidiaria sia rispetto ai *deficit* di risorse cognitive degli individui versanti in condizione di povertà energetica sia rispetto all'effettivo funzionamento delle predette misure (promuovendone la conoscenza e l'accesso presso i soggetti potenzialmente beneficiari). Inoltre, deve notarsi come tali misure possano essere ricondotte agli strumenti di *empowerment* (ricompresi, come anticipato, tra le tradizionali risposte suggerite dall'economia comportamentale)⁶⁰.

In conclusione, il modello cognitivo delineato per i soggetti versanti in povertà energetica sembrerebbe suggerire l'opportunità, per il decisore pubblico, di plasmare il proprio intervento alla luce degli approdi analizzati. Tuttavia, il rischio è che in tale approccio rimangano celate delle normatività circa il comportamento che le persone dovrebbero adottare (assumendo, quindi, in maniera inespresa, l'archetipo di condotta verso cui modellare quello individuale); rischio che si

⁵⁹ Si v., in relazione all'efficientamento energetico degli edifici, la Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla prestazione energetica nell'edilizia, versione emendata del 14 marzo 2023.

⁶⁰ Per l'analisi degli strumenti di *empowerment* si rimanda a F. DI PORTO-N. RANGONE, *Behavioural Sciences*, cit., in A. ALEMANNI-A. SIBONY (a cura di), *Nudge and the law*, cit., pp. 41 e ss.

acuisce nel caso dell'implementazione di tecniche di architettura della scelta. Infatti, a ciò si sommano, da una parte, la preoccupazione circa la preservazione dell'autodeterminazione personale e, dall'altra, dubbi circa l'effettività predittiva dei moduli cognitivi utilizzati. Punti di risoluzione della questione risultano essere, ad avviso di chi scrive, la valorizzazione delle azioni di informazione e formazione e un'attenzione più generale al modello cognitivo di riferimento nello sviluppo del sistema regolatorio nel suo complesso.

dirittifondamentali.it

L'art. 120 del Codice della Strada e i condannati per reati connessi al traffico di sostanze stupefacenti. "... Ciechi che, pur vedendo, non vedono" *

di

Edoardo Platania**

Sommario: 1. L'articolo 120 del Codice della strada; 2. Le due sentenze della Corte costituzionale; 3. L'incostituzionalità della differenziazione tra conseguimento della patente e possibile revoca del titolo; 4. Riabilitazione ed estinzione del reato ex art. 445, comma secondo, cod. proc. pen.

1. L'articolo 120 del Codice della strada.

L'articolo 120 del Codice della Strada si è dimostrato, nel lungo corso della sua esistenza, tenace contro le avversità, in quanto il legislatore, per parte sua, ha mantenuto la disposizione nonostante numerose sentenze della Corte costituzionale abbiano inciso profondamente sul suo contenuto.

Prima del rimaneggiamento del 2009, al secondo comma la disposizione imponeva la revoca prefettizia della patente nell'ipotesi di perdita di alcuni requisiti morali da parte del soggetto abilitato alla guida di autoveicoli. Venivano considerati come manchevoli di tali requisiti i delinquenti abituali, professionali o per tendenza, coloro che erano o erano stati sottoposti a misure di sicurezza personali o alle misure di prevenzione, fatti salvi gli effetti di provvedimenti riabilitativi, e le persone condannate a pena detentiva, non inferiore a tre anni, quando l'utilizzazione del documento di guida avrebbe potuto agevolare la commissione di reati della stessa natura.

Nel 2009, dopo che la Corte costituzionale lo aveva così modificato sino a ridurlo a un colabrodo di difficile applicazione ¹, l'art. 120 è stato sottoposto a un'importante operazione di *bricolage* legislativo.

Dopo l'aggiustamento sembra che la disposizione non fosse più così mal voluta dal Giudice delle leggi, che ha comunque avuto modo di tornare a modificarla ², anche se con esiti non sempre condivisibili.

La novella legislativa ex L. n. 94/2009³ ha mutato l'ambito di applicazione della norma. Se, da un lato, i soggetti destinatari dei vincoli sono stati ridotti nel rispetto dei *diktat* della Consulta, dall'altro, la disposizione non prende in considerazione la sola revoca prefettizia del titolo abilitativo alla guida, ma anche il conseguimento dello stesso. È stato introdotto un primo comma che inibisce il conseguimento del titolo di guida in presenza di alcuni precedenti penali. Si è configurato, infatti, un divieto di conseguimento della patente per determinate categorie di soggetti: i condannati per i reati di cui agli artt. 73 e 74 del Testo unico di cui al d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309; i dichiarati delinquenti abituali, professionali o per tendenza; coloro che sono o sono stati sottoposti a misure di sicurezza personale o di

* J. Saramago, *Cecità*, 1995: "Perché siamo diventati ciechi. Non lo so, forse un giorno si arriverà a conoscerne la ragione. Vuoi che ti dica cosa ne penso, Parla, Secondo me non siamo diventati ciechi, secondo me lo siamo, Ciechi che vedono, Ciechi che, pur vedendo, non vedono".

* Dottorando di ricerca presso l'Università degli studi di Catania

¹ La sentenza Corte costituzionale 21 ottobre 1998, n. 354, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale nella parte in cui prevedeva la revoca della patente nei confronti di coloro che erano stati sottoposti a misura di sicurezza personali, però – e questo è fondamentale per comprendere la sussistenza del medesimo divieto nella disposizione *post* 2009 – per violazione dell'art. 76 Cost. e, dunque, per un eccesso di delega da parte dell'esecutivo. La sentenza 18 ottobre 2000, n. 427, ne ha dichiarato l'illegittimità nella parte in cui prevedeva la revoca della patente di guida nei confronti di coloro che erano sottoposti alla misura di prevenzione del rimpatrio con foglio di via obbligatorio. La decisione 17 luglio 2001, n. 251, ne ha dichiarato l'illegittimità nella parte in cui prevedeva la revoca della patente nei confronti di coloro che erano stati sottoposti alle misure di prevenzione previste dalla L. 27 dicembre 1956, n. 1423, come sostituita dalla L. 3 agosto 1988, n. 327, nonché dalla L. 31 maggio 1965, n. 575, così come successivamente modificata e integrata. La sentenza 15 luglio 2003, n. 239, ne ha dichiarato l'incostituzionalità nella parte in cui prevedeva la revoca della patente nei confronti delle persone condannate a pena detentiva non inferiore a tre anni, quando l'utilizzazione del documento di guida poteva agevolare la commissione di reati della stessa natura.

² Corte Costituzionale, sent. n. 22 del 9 febbraio 2018 (sul comma secondo della disposizione, come meglio *infra* si vedrà) e sentt. nn. 80/2019 e 152/2021, ma anche ordinanza n. 81 del 2020.

³ Art. 3, comma 52 della legge n. 94/2009 (c.d. pacchetto sicurezza).

prevenzione. Il divieto, tuttavia, verrebbe meno dinanzi un provvedimento riabilitativo ai sensi dell'art. 178 cod. pen.

Il comma secondo è dedicato alla revoca del titolo abilitativo alla guida.

Ne risulta che il soggetto con i citati precedenti penali non può conseguire la patente, se non interviene la riabilitazione; mentre, se già in possesso del titolo, è esposto alla sua revoca a seguito di una decisione dell'autorità prefettizia, certo discrezionale ma in considerazione delle circostanze di tempo e di luogo oltre che della personalità del soggetto (ciò è l'esito fattuale della sentenza della Corte costituzionale n. 22/2018). È da rilevare, oltretutto, che il (nuovo) secondo comma dell'art. 120 apre ad un sindacato del giudice amministrativo sulla decisione prefettizia.

Invero, sebbene il senso della differenziazione tra possibilità di conseguimento e revoca della patente non sia chiaro⁴, è stata introdotta una mitigazione per coloro che non sono attualmente sottoposti a misure di prevenzione e per i condannati per reati connessi al traffico di sostanze stupefacenti: la revoca – nel caso in cui i requisiti morali vengano meno in data successiva al rilascio del titolo – non potrà essere disposta se sono trascorsi più di tre anni dalla data di applicazione delle misure o di quella del passaggio in giudicato della sentenza di condanna.

Nel tentativo di fare chiarezza possono essere individuate almeno due fattispecie.

Da un lato, un rigidissimo – reso tale dall'ultimo intervento della Corte costituzionale – divieto di conseguimento della patente a carico dei delinquenti abituali, professionali o per tendenza, di coloro che sono o sono stati sottoposti a misure di sicurezza personali o alle misure di prevenzione previste dalla legge 27 dicembre 1956, n. 1423 (ad eccezione di quella di cui all'articolo 2, e dalla legge 31 maggio 1965, n. 575), delle persone condannate per i reati di cui agli articoli 73 e 74 del testo unico di cui al d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, nonché dei soggetti destinatari dei divieti di cui agli articoli 75, comma 1, lettera a), e 75-bis, comma 1, lettera f), del medesimo testo unico per tutta la durata dei predetti divieti.

⁴ Al dire il vero, anche la stessa Corte costituzionale appare piuttosto confusa, posto l'evidente contrasto tra le due citate sentenze, del 2018 e del 2021.

Al riguardo, non si può non convenire con chi ha notato l'infelice formula della disposizione nel fare salvi gli effetti della riabilitazione⁵. L'interpretazione testuale parrebbe collegare gli effetti dei provvedimenti riabilitativi soltanto per i condannati per reati di stupefacenti e non anche, come invece avveniva nella formulazione *ante* 2009, agli altri destinatari del divieto.

Dall'altro lato, invece, è stato introdotto un indulgentissimo – anch'esso provocato dall'intervento della Corte costituzionale nel 2018 – potere (e non dovere) del Prefetto di revocare il titolo abilitativo alla guida, limitato, per come sopra si è tentato di evidenziare, nei confronti di determinati soggetti.

Risulta, dunque, una disparità di trattamento, resa vieppiù accecante dagli "sbilenchi" interventi del Giudice delle leggi, tra chi deve conseguire il titolo e chi, invece, l'ha già conseguito.

Ci si deve, pertanto, interrogare circa l'intento del legislatore nell'introdurre la più recente disposizione.

Per ciò che concerne le persone condannate per i reati di cui all'art. 73 e 74 del D.P.R. n. 309/1990, l'art. 120 introduce una duplice presunzione di pericolosità, compiendo "una valutazione preventiva della prevalenza dell'interesse pubblico alla sicurezza stradale sugli interessi individuali"⁶.

Alla luce delle due sentenze della Corte costituzionale⁷, si sono profilate due differenti presunzioni: nel primo comma della disposizione in esame, si configura una presunzione assoluta, che non lascia spazio alcuno all'intervento discrezionale dell'Amministrazione; il secondo comma, invece, impone una presunzione relativa, che consente al Prefetto di valutare discrezionalmente l'opportunità di revocare o meno la patente.

⁵ A. CARNABUCI, *Appunti sulla riformulazione dell'articolo 120 cod. str. ad opera della legge 15 luglio 2009, n. 94 in materia di Sicurezza Pubblica*, in *Rivista giuridica della circolazione e dei trasporti – Aci*, 15 luglio 2009.

⁶ V. SBORDONE, *Il diniego di rilascio e la revoca dei titoli abilitativi alla guida per carenza dei requisiti morali di cui all'articolo 120 del codice della strada: criticità interpretative e proposte migliorative, anche alla luce della recente sentenza della Corte Costituzionale, n. 22 del 9 febbraio 2018*, in *IV Corso Biennale per l'accesso alla qualifica iniziale della carriera prefettizia*.

⁷ Sentt. n. 22/2018 e n. 152/2021.

2. Le due sentenze della Corte costituzionale.

Siffatta impostazione è stata conseguita con differenti interventi della Corte costituzionale, dapprima, con la sentenza n. 22 del 9 febbraio 2018, sul comma secondo della disposizione, e, dipoi, con la sentenza n. 152 del 14 luglio 2021 (e già prima con la sentenza n. 80 del 7 marzo 2019).

La prima è una sentenza manipolativa di tipo sostitutivo⁸, con la quale la Corte ha dichiarato illegittimo il comma secondo nella parte in cui – con riguardo alla sola ipotesi di condanna per i reati di cui agli articoli 73 e 74 del d.P.R. n. 309/90 (Testo unico in materia di stupefacenti) che intervenga in data successiva a quella del rilascio della patente di guida – dispone che il Prefetto “provvede” – invece che “può provvedere” – alla revoca della patente. La Consulta ha inteso fare riferimento, invero, a un *diritto vivente* piuttosto confuso⁹, e ha affermato: “La disposizione denunciata – sul presupposto di una indifferenziata valutazione di sopravvenienza di una condizione ostativa al mantenimento del titolo di abilitazione alla guida – ricollega, infatti, in via automatica, il medesimo effetto, la revoca di quel titolo, ad una varietà di fattispecie, non sussumibili in termini di omogeneità, atteso che la condanna, cui la norma fa riferimento, può riguardare reati di diversa, se non addirittura di lieve, entità. Reati che, per di più, possono (come nella specie) essere assai risalenti nel tempo, rispetto alla data di definizione del giudizio. Il che dovrebbe escluderne l’attitudine a fondare, nei confronti del condannato, dopo un tale intervallo temporale, un giudizio, di assenza dei requisiti soggettivi per il mantenimento del titolo di abilitazione alla guida, riferito, in via automatica, all’attualità”¹⁰.

La Corte, tuttavia, ha individuato un altro motivo, che sarà poi, tre anni dopo, da essa stessa impiegato per negare la discrezionalità del divieto di cui al primo comma dell’art. 120: “Ulteriore profilo di irragionevolezza della disposizione in esame è,

⁸ Per un puntuale approfondimento, v. A. CARRATO, *La revoca della patente ai sensi dell’art. 120 c.d.s. non può più essere disposta in via automatica*, in *Archivio giuridico della circolazione dell’assicurazione e della responsabilità*, v. 64, n. 3, (2018), pp. 190-195.

⁹ Vi erano giudici che interpolavano la revoca di cui all’art. 120, co. 2, facendo una distinzione tra le droghe pesanti e droghe leggere e, conseguente, dovere e potere del Prefetto, e altri, invece, che continuavano ad asserire la monoliticità della norma. V. per tutti, V. SBORDONE, *Il diniego di rilascio*, -cit.

¹⁰ Punto 7 del *considerato in diritto*, sent. n. 22/2018.

poi, ravvisabile nell'automatismo della "revoca" amministrativa rispetto alla discrezionalità della parallela misura del "ritiro" della patente che, ai sensi dell'art. 85 del d.P.R. n. 309 del 1990, il giudice che pronuncia la condanna per i reati in questione «può disporre», motivandola, «per un periodo non superiore a tre anni»¹¹.

Alla luce di questa sentenza, qualsiasi interprete avrebbe pensato che, per motivi di coerenza logica oltre che, soprattutto, costituzionale, una volta trasformata la revoca in un potere discrezionale, anche la possibilità di conseguimento della patente avrebbe seguito la medesima sorte.

La Corte costituzionale, invece, quasi contagiata dal "virus del 120" che per anni ha interessato un legislatore piuttosto improvvido, ha stupito¹² con due stringatissime pronunce.

In quella del 2018, come notato, si era insistito sul carattere discrezionale della revoca della patente in considerazione della molteplicità degli illeciti ai quali era legata e del tempo della loro possibile commissione. Epperò, nella decisione del 2021 si è preteso di rinvenire in quel precedente la ragione dell'esclusione di tale modello alla diversa ipotesi dell'ottenimento del titolo di guida: *"Questa conclusione si fonda sul rilievo che «tale diniego riflette una condizione ostativa che, diversamente dalla revoca del titolo, opera a monte del suo conseguimento e non incide su alcuna aspettativa consolidata dell'interessato. Inoltre non ricorre, in questo caso, la contraddizione, che ha assunto decisivo rilievo in tema di revoca della patente, tra obbligatorietà del provvedimento amministrativo e facoltatività della parallela misura adottabile dal giudice penale in relazione alla medesima fattispecie di reato. Infine, diversamente da quanto presupposto dal giudice a quo, l'effetto ostativo al conseguimento della patente, previsto dalla disposizione censurata, non incide in modo "indifferenziato" sulla posizione dei soggetti condannati per*

¹¹ Punto 7 del *considerato in diritto*, sent. n. 22/2018.

¹² Nel già citato contributo di V. SBORDONE, *Il diniego di rilascio*, siffatta conclusione era più che automatica: "Pertanto, ragioni di coerenza sistematica della disciplina di cui all'articolo 120 C.d.S., nonché di eguaglianza di trattamento tra chi si appresta a chiedere il titolo di guida per la prima volta e chi, essendone già titolare, ne subisce la revoca, imporrebbero un successivo sviluppo giurisprudenziale che indichi la facoltatività anche del diniego dell'abilitazione di cui al primo comma, nelle ipotesi di condanne per reati di stupefacenti che, allo stato attuale, sono, invece, automaticamente ostative al rilascio". Ciò che però stupisce – oltre, purtroppo, allo sfortunato esito di tale previsione – è da chi e in quale contesto provenga l'interpretazione del comma primo dell'art. 120 a seguito della sentenza n. 22/2018 della Corte costituzionale.

reati in materia di stupefacenti. La diversa gravità del reato commesso, unitamente alla condotta del reo successiva alla condanna, assume, infatti, determinante rilievo ai fini del possibile conseguimento (anche dopo un solo anno nel caso di condanna con pena sospesa) di un provvedimento riabilitativo (ex artt. 178 e 179 del codice penale), che restituisce al condannato il diritto a richiedere la patente di guida» (sentenza n. 80 del 2019 e ordinanza n. 81 del 2020)”¹³.

Il motivo principale dell’illegittimità costituzionale dichiarata nel 2018 nei confronti del secondo comma è stato risolto rapidamente: la disomogeneità delle fattispecie richiamate è stata ritenuta giustificata dalla possibilità di chiedere prima il provvedimento riabilitativo.

In tal modo il motivo secondario della pronuncia del 2018, invece, è divenuto il fulcro della sentenza del 2021: in questo caso non vi sarebbe una disparità di poteri tra l’autorità amministrativa ed il giudice in sede di irrogazione della sanzione.

È palmare come il Giudice delle leggi abbia frainteso la sua precedente sentenza, che imponeva tutt’altro ragionamento, in base al quale si sarebbe dovuto arrivare alla dichiarazione di illegittimità costituzionale anche del comma primo dell’art. 120. Infatti, una lettura coerente alla sentenza del 2018 – invero, una lettura conforme alla Costituzione – imporrebbe l’individuazione di un potere altrettanto discrezionale del Prefetto nell’inibire il conseguimento del titolo abilitativo alla guida ai soggetti condannati per i reati di cui all’art. 73 e 74 d.P.R. n. 309/1990, proprio a causa della disomogeneità delle fattispecie previste negli articoli richiamati.

Ciò che stupisce, ancora più, è che l’impossibilità di riferire i motivi della sentenza del 2018 anche al comma primo “*si fonda sul rilievo che tale diniego riflette una condizione ostativa che, diversamente dalla revoca del titolo, opera a monte del suo conseguimento e non incide su alcuna aspettativa consolidata dell’interessato*”. A parere della Corte ci sarebbe un’aspettativa consolidata nel mantenimento del titolo e questa sarebbe la ragione che fonda la differenziazione tra comma primo e comma secondo.

¹³ Punto 5.3. del Considerato in diritto della sent. n. 152/2021.

Appare perlomeno difficile comprendere il senso di questa inferenza. Quale aspettativa dovrebbe avere il reo? Quella di non conseguire una misura accessoria alla sentenza che ne decreta la colpevolezza? Quale sarebbe il principio costituzionale che rende prevalente l'affidamento¹⁴ del reo sulla sicurezza stradale tutelata dall'art. 120?

La sentenza del 2021 è stata un'occasione persa. Con essa si sarebbe potuto riportare a logica il sistema e, forse una volta per tutte, riportare a razionalità la disposizione del codice della strada.

Di tutto ciò se ne è avveduta forse la stessa Corte costituzionale, che, alla conclusione della sua pronuncia, ha affermato (quasi) "mesta": *"Rimane comunque auspicabile una nuova configurazione delle condizioni ostative del rilascio, nel senso di un migliore coordinamento sistematico delle distinte fattispecie, alla luce delle novità scaturite dalle precedenti decisioni di questa Corte"*.

3. L'incostituzionalità della differenziazione tra conseguimento della patente e possibile revoca del titolo.

Spiegato il quadro applicativo di cui *sopra*, l'art. 120 C.d.S. tiene in grembo un'illegittimità costituzionale ben più evidente.

Sussiste un'irragionevole diseguaglianza, marcata ancora più dalle sentenze della Corte costituzionale, tra la fattispecie di cui al comma primo e quella di cui al comma secondo.

Se la *ratio* delle disposizioni è quella di tutelare la pubblica sicurezza stradale¹⁵, non si comprende l'introduzione di un trattamento più benevolo nei confronti di

¹⁴ Postulata l'assenza di un principio costituzionale circa la tutela dell'affidamento personale, per ottenere protezione autonoma è presupposto l'aggancio ad altri beni o interessi dotati di copertura costituzionale. Sull'argomento, tra la sconfinata letteratura, basti il rinvio a G. Matucci, *Tutela dell'affidamento e retroattività ragionevole in un caso di interpretazione autentica* (nota a sent. Corte cost., 3 novembre 2005, 409), in *Giur. cost.*, 2006, 2543 ss..

¹⁵ Ovvero quella di non consentire l'utilizzo di un autoveicolo da parte di soggetti che in tal modo potrebbero essere agevolati nella commissione di specifici reati. Questa, invero, appare la vera finalità dell'art. 120 C.d.S. anche se andrebbe contro la sua non configurazione in pena accessoria.

chi ha già ottenuto il titolo, e di certo – come già spiegato – ciò non può essere giustificato con l'aspettativa del reo al mantenimento del titolo di guida.

L'irragionevolezza sta nel fatto che il capo di un'associazione dedita al traffico illecito di stupefacenti, che abbia già conseguito la patente, possa vedersela non revocata, a prescindere da un titolo riabilitativo, e un semplice spacciatore, punito per la fattispecie di lieve entità, non possa ottenerla se non previa l'avvenuta riabilitazione¹⁶.

Invero, non vi è ragione di distinguere tra i soggetti autori di reati previsti e punti dal testo unico stupefacenti in considerazione del fatto se hanno o no conseguito già il titolo di guida. Se la ragione dell'intervento sulla patente fosse a tutela della circolazione stradale, tale circostanza non dovrebbe aver rilievo e non vi dovrebbe essere appunto alcun affidamento da tutelare. Sotto questo profilo, anzi, si manifesta la discriminazione tra soggetti i quali versano nelle medesime condizioni

¹⁶ Si fa riferimento, in particolare, alla sentenza n. 3084 del 14 aprile 2021 emessa dalla terza sezione del Consiglio di Stato, invero, nell'ipotesi di avvenuta revoca ai sensi del comma secondo dell'art.120 Cds. Si è affermato preliminarmente che *"la revoca della patente, nei casi previsti dall'art. 120 del Codice della strada, non ha natura sanzionatoria, né costituisce conseguenza accessoria della violazione di una disposizione in tema di circolazione stradale, ma rappresenta la constatazione dell'insussistenza (sopravvenuta) dei "requisiti morali" prescritti per il conseguimento di quel titolo di abilitazione"*; e si è rilevato, inoltre, che la valutazione negativa di tali requisiti morali non è definitiva ma temporanea, in quanto la possibilità di conseguire nuovamente il titolo è desumibile dal dettato normativo dell'art. 120 del Codice della strada. L'assunto è stato confermato nel comma 1 della disposizione, che ancora il divieto di conseguire la patente per la durata dei divieti, ma prevede la possibilità di conseguire "di nuovo" il titolo, salvo per "le persone a cui sia applicata per la seconda volta, con sentenza di condanna per il reato di cui al terzo periodo del comma 2 dell'articolo 222".

La temporaneità del difetto dei predetti requisiti si evince inoltre dai commi 2 e 3 della disposizione in esame, poiché dopo 3 anni «dalla data di applicazione delle misure di prevenzione o di quella del passaggio in giudicato della sentenza di condanna», l'Amministrazione può rilasciare la nuova patente di guida.

Sulla base di quanto stabilito dalla normativa, ne consegue dunque che l'eventuale riabilitazione non costituisce condizione ulteriore per il rilascio della patente una volta decorso il periodo previsto.

La riabilitazione prevista nell'art. 120, comma primo, C.d.S., è necessaria, quindi, solo ai fini dell'eventuale conseguimento del titolo abilitativo alla guida prima del decorso dell'arco temporale previsto dai commi secondo e terzo dell'articolo citato.

Così, è illegittimo il diniego di nulla osta al rilascio della nuova patente di guida in ragione della sussistenza, a carico del richiedente, di sentenze per i reati di cui all'art. 74, d.P.R. n. 309 del 9 ottobre 1990, senza che siano intervenuti provvedimenti riabilitativi, atteso che il mero decorso del tempo comporta la rilasciabilità del titolo (Consiglio di Stato, Sez. III, sent. del 14 aprile 2021, n. 3084).

e ciò ridonda in violazione del principio di eguaglianza. Può aggiungersi – secondo un’osservazione probabilmente banale, ma non meno interessante – che il divieto di ottenimento della patente riguarda soprattutto soggetti i quali hanno di poco superato la maggiore età richiesta e cui, quindi, la sanzione “pesa” ulteriormente ed incide, come si noterà ancora, sulle possibilità di reinserimento sociale (a fronte di chi, di maggiore età, e già in possesso del titolo, può contare sull’uso discrezionale dell’esercizio del potere prefettizio in considerazione delle diverse circostanze). La discriminazione diviene, pertanto, anche in ragione dell’età degli interessati.

De iure condito, si potrebbe comunque ipotizzare un’interpretazione più vicina ai principi affermati dalla Corte costituzionale nel 2018. Il richiamo fatto dall’art. 120 C.d.S. è esclusivamente agli artt. 73 e 74 d.P.R. n. 309/1990. Un’interpretazione letterale imporrebbe l’esclusione della specifica e diversa fattispecie di cui all’art. 73, comma quinto, del medesimo decreto (poiché di questo si tratta, una fattispecie incriminatrice distinta e separata dall’art. 73, comma primo). Pertanto, facendo valere la puntuale espunzione operata dal legislatore, in forza del principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, la fattispecie di lieve entità non rientrerebbe tra le fattispecie previste dal divieto di cui all’art. 120 citato, eludendone così l’applicazione.

4. Riabilitazione ed estinzione del reato ex art. 445, comma secondo, cod. proc. pen.

Infine, l’art. 120 C.d.S., primo comma, si pone in un difficile rapporto con l’art. 445, comma secondo, cod. proc. pen., ossia con l’istituto dell’estinzione del reato a seguito del decorso di due o cinque anni, a seconda se sia stato commesso una contravvenzione o un delitto, senza la commissione di altri reati dalla sentenza di applicazione della pena su richiesta di parti.

Si ponga l’ipotesi di un soggetto condannato per il reato di cui all’art. 73 che abbia acceduto al rito alternativo del patteggiamento e abbia ottenuto, decorsi i cinque anni dalla sentenza, l’estinzione del reato. Attraverso di essa viene senz’altro meno

il titolo ostativo al rilascio della patente. L'estinzione del reato, infatti, oltre a fare venire meno gli effetti penali della condanna e delle pene accessorie, travolge anche tutti gli effetti extra-penali ricollegabili alla relativa sentenza¹⁷.

E, tuttavia, le amministrazioni prefettizie continuano ad affermare la necessità del titolo riabilitativo¹⁸.

Lasciando da parte tutto il filone giurisprudenziale che nega l'interesse alla riabilitazione per un reato dichiarato estinto, l'affermata necessità della riabilitazione non può che imporre un ragionamento sulla *ratio* del divieto.

Si è detto che l'art. 120 C.d.S. tutela la sicurezza stradale e l'unanime giurisprudenza non lo configura come una sanzione accessoria alla condanna penale¹⁹. Gli artt. 73 e 74, tuttavia, non sono fattispecie incriminatrici nei confronti di chi fa uso di sostanze stupefacenti; vi si parla, infatti, di coltivare, produrre, fabbricare, estrarre, raffinare, vendere, offrire o mettere in vendita, cedere, distribuire, commerciare, trasportare, procurare ad altri, inviare, passare o spedire in transito, consegnare, in forma individuale o associata.

¹⁷ il Consiglio di Stato, in molteplici decisioni, ha equiparato gli istituti della estinzione del reato ai sensi dell'art. 445 cod. proc. pen. e la riabilitazione: cfr. Cons. Stato, III, 12 aprile 2016, n. 1423, con riferimento all'esclusione dell'automatismo preclusivo di una condanna al rinnovo del permesso di soggiorno; ma anche Cons. Stato, VI, n. 2543/2009 e n. 3902/2008 - che richiamano Cass. pen., IV, n. 534/1999 - con riferimento alla regolarizzazione prevista dall'art. 1, del d.l. 195/2002, conv. nella legge 222/2002, disposizione che, dopo aver affermato la portata ostativa di alcune condanne, faceva espressamente salvi gli effetti della riabilitazione.

¹⁸ Invero, la risposta ottenuta per casi analoghi è laconica e meramente ripropositiva delle conclusioni della Corte costituzionale con la sentenza n. 152/2021: "Nel merito si osserva che l'impossibilità di conseguire la patente di guida da parte di soggetti non in possesso dei prescritti requisiti morali non costituisce un effetto penale della sentenza. Inoltre, la diversa gravità del reato di cui all'art. 73, comma quinto (lieve entità) del D.P.R. 309/90 commesso dal ricorrente in data (...), unitamente alla condotta dello stesso successiva alla condanna, assume determinante rilievo ai fini del possibile conseguimento anche dopo un solo anno nel caso di condanna con pena sospesa di un provvedimento riabilitativo ex artt. 178 e 179 del codice penale che restituisce il diritto a richiedere la patente di guida".

¹⁹ Si veda Cass., ordinanza n. 22491/2010 e Sez. Un. Sent. n. 10406/2014, richiamate anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 22/2018, che affermano l'impossibilità di assimilare la revoca della patente alle sanzioni amministrative. Essa rappresenterebbe la constatazione dell'insussistenza, originaria o sopravvenuta, dei requisiti morali prescritti per il conseguimento del titolo di abilitazione alla guida. Ma anche Cons. Stato nn. 3791/2015 e 4723/2016. Quanto detto precedentemente, viene poi confermato dalla Corte costituzionale, nella sentenza 22/2018: "La revoca della patente, nei casi previsti dall'art. 120 del C.d.S., non ha natura sanzionatoria né costituisce conseguenza accessoria della violazione di una disposizione in tema di circolazione stradale, ma rappresenta la constatazione dell'insussistenza dei requisiti morali prescritti per il conseguimento di quel tipo di abilitazione".

Ma allora cosa serve accertare “prove effettive e costanti di buona condotta”? A cosa serve l’adempimento delle obbligazioni civili? Di certo, essi non sono requisiti che tutelano la sicurezza della circolazione stradale.

E, in effetti, ciò che deve indurre a dubitarne è – anzi era – proprio la rubrica dell’art. 120 C.d.S.. Invero, essa è stata recentemente modificata con un decreto-legge ²⁰, recante: «*Disposizioni urgenti per la sicurezza e lo sviluppo delle infrastrutture, dei trasporti e della mobilità sostenibile, nonché in materia di grandi eventi e per la funzionalità del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili*».

Se, prima, la rubrica era “*Requisiti morali per ottenere il rilascio della patente di guida*”, oggi è divenuta “*Requisiti soggettivi per ottenere il rilascio dei titoli abilitativi di cui all’articolo 116*”.

L’evidente tentativo della riforma è di dissimulare la vera natura della disposizione, ossia quella esplicitata dalla precedente rubrica. Con l’art. 120 C.d.S. non si tutela in alcun modo la sicurezza stradale dalle condotte di ex spacciatori, bensì li si vuole privare di un potenziale mezzo di facilitazione nella reiterazione del reato.

La natura, dunque, di sanzione accessoria è evidente e tale *ratio* risulta in contrasto con l’art. 27, comma terzo, Cost. Infatti, lede il principio rieducativo, *rectius* della risocializzazione del reo, impedire – anche dopo l’espiazione della pena – l’ottenimento della patente, oggi strumento necessario per lo svolgimento di qualsivoglia attività lavorativa e ricreativa, attività risocializzanti per definizione.

²⁰ D.L. 16 giugno 2022, n. 68, convertito in legge 5 agosto 2022, n. 108.

Le declinazioni assiologiche dell'insegnamento della legislazione riferita all'inclusione scolastica nell'ambito dei corsi di formazione per il conseguimento della specializzazione per le attività di sostegno

di

Luca Buscema*

Sommario: 1. Diritto all'istruzione e scuola inclusiva: note introduttive. 2. Insegnamento e apprendimento "circolare": percorsi e contenuti formativi (minimi) per i docenti per una scuola inclusiva. 3. I contenuti formativi caratterizzanti l'insegnamento della legislazione riferita all'integrazione scolastica e le direttive assiologiche rilevanti nel processo di costruzione di un modello di scuola inclusiva.

1. Diritto all'istruzione e scuola inclusiva: note introduttive

Lo sviluppo delle qualità morali e civili dell'individuo, la promozione della sua capacità di analisi critica della realtà e, più in generale, il processo di crescita e maturazione della persona in rapporto al contesto storico e sociale radicato in un dato momento passano attraverso un modello di istruzione che consente di incentivare non solo l'acquisizione di nuove competenze, ma, al contempo, anche il rafforzamento degli attributi intellettuali, etici e spirituali dei discenti.

Per tale via, il percorso di formazione ed apprendimento dello studente si arricchisce quotidianamente di un bagaglio assiologico sempre più fecondo; esso simboleggia, a sua volta, il terreno fertile ove coltivare la consapevolezza della qualità di essere umano, portatore, per definizione, di diritti inalienabili, in uno con i doveri inderogabili, contraltare indefettibile dei primi¹.

* Ricercatore t.d. di tipo B in Istituzioni di diritto pubblico (SSD Ius 09) - Università degli Studi di Messina. Abilitato a professore di seconda fascia - settore concorsuale 12/C1 - SSD Ius 08.

In tal senso, è stato sottolineato, «civiltà vera e propria non vi può essere se non con il concorso cosciente ed illuminato di tutti i cittadini»².

Peraltro, «la promozione della cultura non va intesa solo alla stregua di un'insopprimibile aspirazione alla conoscenza e di un irrinunciabile fattore di emancipazione degli individui e della società nel suo complesso: essa rappresenta una preziosa risorsa ed un alimento dei regimi democratici i quali di una consapevole, meditata e critica lettura del reale non possono e non devono fare a meno»³.

Di conseguenza, riconoscere effettività al diritto all'istruzione costituisce, in ossequio al principio di solidarietà che anima lo Stato-ordinamento, un imperativo categorico morale in seno ad una società (che ama e suole definirsi) evoluta.

Ciò, nell'ottica di un modello di insegnamento proteso verso la promozione della cultura, intesa quale valore essenziale per il progresso sociale di una comunità politica.

In questa direzione, si osserva, l'apprendimento dei fondamenti culturali ed educativi del vivere civile costituisce strumento indispensabile al fine di contrastare l'abbruttimento della società già a partire da primordiali forme di manifestazione di faziosità ed intolleranza⁴.

Il diritto all'istruzione, in uno, per inciso, con la libertà di insegnamento⁵, diviene così un valore costituzionale primario connotato dai caratteri di universalità,

¹ In tema di pretesa universalistica dei diritti sociali entro cui ricomprendere, a pieno titolo, il diritto all'istruzione, v. A. MORELLI, *Il carattere inclusivo dei diritti sociali e i paradossi della solidarietà orizzontale*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza*, 2013, Napoli, Editoriale Scientifica, 441-450.

² Così N. DANIELE, *La pubblica istruzione*, Milano, Giuffrè, 1986, 784; ID., *Istituzioni di diritto scolastico*, 1981, Milano, Giuffrè, 247.

³ Così G. FONTANA, *La libertà di insegnamento*, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI (a cura di), *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, Napoli, Jovene, 2019, 100.

⁴ Per un approccio volto a rilevare i tratti differenziali intercorrenti tra il tradizionale concetto di istruzione, avente come scopo la trasmissione dei saperi, e quello di educazione, indirizzata verso l'acculturamento del cuore, v. G. GIULIANI, *Istruzione ed educazione a scuola*, Phasar Edizioni, 2020.

⁵ Cfr, *ex multis*: J. DE GROOF, C.L. GLENN, *Un difficile equilibrio. Sistemi scolastici e libertà d'insegnamento nell'Europa continentale e mediterranea*, Roma, Armando editore, 2003; G. FONTANA, *La libertà di insegnamento*, cit., 99-145.

indivisibilità, interdipendenza e inalienabilità⁶ ed incentrato sull'apertura al dialogo interculturale, sulla circolazione, sullo scambio e sulle interazioni tra le diverse comunità⁷.

Ciò, perché solo mediante la diffusione della cultura è possibile consentire la maturazione di una coscienza civile capace di rendere i cittadini consapevoli dei propri inalienabili diritti di libertà.

Al contempo, la divulgazione del sapere permette di valorizzare le più fulgide intelligenze e, per tale via, contribuisce a promuovere il progresso civile e sociale della Nazione.

In quest'ottica, l'istruzione diviene «*il tramite essenziale per la costruzione del legame tra l'individuo e la società in tutte le sue dimensioni ed assume pertanto una rilevanza centrale nella promozione e tutela dei diritti umani*»⁸.

Si dimostra indispensabile, quindi, valorizzare un modello d'istruzione ed un sistema educativo volti ad implementare un percorso di "apprendimento significativo" che, lungi dal limitarsi a trasmettere (*rectius*: impartire) nozioni, sappia infondere maggiore consapevolezza circa la consistenza del patrimonio assiologico su cui si incentra un idealtipo di società (sempre più) rispettosa della dignità della persona.

Così, il diritto all'istruzione, il cui fine ultimo è «*coltivare l'umanità*»⁹, diviene strumento irrinunciabile ed insostituibile non solo per conoscere, ma parimenti

⁶ Cfr. S. VANNUCCINI, *La "justiciabilidad" del diritto all'istruzione dinanzi alla corte interamericana dei diritti dell'uomo*, in *Federalismi*, 2013, 3, 1.

⁷ Per un approccio, in chiave comparata, al tema della diversità quale fattore disgregante, ovvero alla stregua di parametro di conformazione dell'ordinamento al rispetto del multiculturalismo, v., *ex multis*: B. LOTT, *Multiculturalism and Diversity: A Social Psychological Perspective*, Wiley-Blackwell, Singapore, 2010; S. R. STEINBERG, *Diversity and Multiculturalism: A Reader*, Peter Lang Inc., New York, 2009; A. PHILLIPS, *Multiculturalism without Culture*, Princeton University Press, Princeton, 2007; R. J. F. DAY, *Multiculturalism and the History of Canadian Diversity*, University of Toronto Press, Toronto, 2002; B. C. PAREKH, *Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory*, Harvard University Press, Cambridge, 2000; T. J. LA BELLE, C. R. WARD, *Ethnic Studies and Multiculturalism*, Suny Press, New York, 1996.

⁸ Così, S. MARCHISIO, *Diritto all'istruzione e integrazione dei rifugiati*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2018, 267.

⁹ Così S. VANNUCCINI, *La "justiciabilidad"*, cit., 2.

«necessario per conoscersi e persino riconoscersi - in seno alla propria - dimensione storica, geografica, culturale, esistenziale»¹⁰.

Detti intendimenti maturano in seno ad un modello di promozione del sapere dinamico e proattivo, costantemente implementato grazie ad una continua interlocuzione con la circostante realtà politica, economica e sociale di modo da consentire «di esprimere bisogni, legami e interessi dei e tra i suoi protagonisti»¹¹.

L'acquisizione di sempre maggiori conoscenze va apprezzata, di conseguenza, non in vista della mera "certificazione" delle competenze sviluppate, bensì nella prospettiva di ricondurre all'insegnamento un profondo significato pedagogico ed orientativo della condotta di ciascun membro di una comunità (finalmente) culturalmente evoluta e consapevole della superiorità etica e morale (oltre che giuridica) delle libertà faticosamente conquistate nel corso della storia.

Il diritto all'istruzione produce, in tal senso, un effetto moltiplicatore «giacché, se effettivamente garantito, presuppone un'elevazione nella qualità del godimento degli altri diritti; al contrario, se negato o violato, li compromette»¹².

In quest'ottica, «il diritto all'istruzione possiede un significato etico preciso, racchiuso nell'interesse superiore dell'educando: è il diritto ad un'istruzione di qualità etico-giuridica del diritto dell'essere umano, che sia conforme al diritto internazionale dell'istruzione, tradotto in principi di diritto pedagogico da cui derivano i diritti dell'educando»¹³.

Per vero, il percorso di apprendimento, crescita e maturazione intrapreso dal discente sin a partire dalla più tenera età si snoda attraverso un lungo cammino durante il quale l'alunno acquisirà, certamente, nuove conoscenze e sempre più articolate competenze, in uno con il progressivo, incessante ampliamento di un patrimonio assiologico, espressione di valori condivisi in seno alla collettività di appartenenza, da cui poter ritrarre consapevolezza in ordine al ruolo di cittadino che, in futuro, andrà a rivestire.

¹⁰ Così M. BENVENUTI, "La scuola è aperta a tutti"? Potenzialità e limiti del diritto all'istruzione tra ordinamento statale e ordinamento sovranazionale, in *Federalismi*, 2018, 4, 103.

¹¹ *Ivi*, 113.

¹² Così S. VANNUCCINI, *La "justiciabilidad"*, cit., 3.

¹³ *Ivi*, 2.

Nel rispetto delle naturali inclinazioni e in conformità con le capacità ed attitudini dimostrate, lo studente, gradatamente, svilupperà un sempre maggiore spirito critico grazie al confronto dialettico instaurato all'interno di una comunità scolastica (ci si augura) sempre più inclusiva e multiculturale.

Le attività didattiche saranno poi costantemente accompagnate da un progetto educativo e pedagogico capace di consolidare virtù civiche indispensabili nel processo di costruzione di una società realmente evoluta.

Il successo formativo del discente dipenderà, peraltro, in ultima analisi, dall'efficacia delle strategie di condivisione dei saperi che dovrebbero ordinariamente innestarsi nell'ambito di sempre più proattive relazioni intercorrenti tra la scuola e la famiglia, come noto le principali agenzie educative capaci di incidere profondamente sullo sviluppo psicofisico dei minori¹⁴.

Del resto, la comunità scolastica assurge ad una formazione sociale per certi versi quanto più vicina possibile ad un "nucleo familiare allargato" in cui il processo di crescita e maturazione dovrebbe essere il frutto di una vera comunione di vita *"affinché ciascun talento non sia ignorato o sciupato ma, al contrario, sia valorizzato e potenziato"*¹⁵.

Sostenere lo sviluppo della cultura, intesa alla stregua di strumento che consenta di ampliare i propri (sempre troppo ristretti) orizzonti nella prospettiva della ricerca di punti di comunione con l'altro, impedendo che la "diversità" costituisca un ostacolo ed elevandola, al contrario, a fonte di arricchimento valoriale, rappresenta, quindi, in definitiva, un fine da perseguire (anche e soprattutto) grazie all'affermazione di una visione delle relazioni umane incentrata sul rispetto ed il riconoscimento della dignità dell'individuo in quanto tale, al di là di ogni possibile barriera ideologica.

¹⁴ Cfr., *ex multis*: E. MARESCOTTI E., A. THIENE (a cura di), *La relazione tra Scuola e Famiglia nel segno del superiore interesse del minore. La responsabilità genitoriale tra diritti e doveri, sostegno e formazione alla genitorialità, interazioni con le istituzioni educative*, in *Annali online della Didattica e della Formazione Docente*, 2018, V. 10 N. 15-16.

¹⁵ Così E. CARACCILO LA GROTTIERA, *Diritto all'istruzione e tutela giurisdizionale*, in *Federalismi*, 2020, 6, 71.

2. Insegnamento e apprendimento "circolare": percorsi e contenuti formativi (minimi) per i docenti per una scuola inclusiva

All'interno di una società sempre più complessa, ove, senza soluzione di continuità, si intersecano sempre nuovi ed articolati stimoli, capaci di orientare il processo di formazione e consolidamento della personalità delle giovani generazioni, rivestire il ruolo di insegnante ed assolvere, con disciplina ed onore, alle relative funzioni richiede, sì certamente, il possesso di competenze specialistiche, ma postula anche lo sviluppo di capacità ed attitudini che investono la sfera emotivo/relazionale dell'individuo, divenendo attributi e qualità determinanti in vista della costruzione di una comunità scolastica (realmente) accogliente ed inclusiva.

Il percorso di crescita culturale intrapreso dai discenti sin dalla più tenera età è accompagnato dall'attivazione di strategie educative volte a perseguire il pieno svolgimento della personalità di ciascuno e, al contempo, consente di promuovere il progresso, innanzitutto, spirituale, morale e sociale della collettività

La delicatezza degli interessi umani in gioco induce, pertanto, com'è facile comprendere, a ritenere che il personale scolastico assurga a propulsore di un modello di istruzione pienamente aderente ai bisogni degli allievi, rispondente alle esigenze di apprendimento, cura e protezione legate alle peculiari condizioni in cui ciascuno di loro versi.

Matura, sin da subito, l'idea secondo la quale debba essere riconosciuta in favore di ciascun docente la possibilità di modulare contenuti didattici e metodologie pedagogiche capaci di meglio adattarsi e rispondere alle istanze derivanti dai membri della comunità scolastica di riferimento.

In questa direzione, si osserva, la libertà d'insegnamento va apprezzata, quantomeno in senso minimo, nei seguenti termini:

- a) espressione di «autonomia didattica» intesa come «autonomia professionale nello svolgimento dell'attività didattica, scientifica e di ricerca»;
- b) «libera espressione culturale del docente»;

c) «libertà di ricerca e innovazione metodologica e didattica»¹⁶.

Riconoscere la libertà d'insegnamento significa alimentare un confronto critico, scevro da pregiudizi e aperto tra posizioni culturali tra di loro anche chiaramente discordanti, in alcun modo esercitando indebite forme di condizionamento e/o coazione del pensiero e della personalità dello studente la cui coscienza, morale e civile, strettamente connessa con la libertà di apprendimento dell'allievo, ne costituisce anche il limite¹⁷.

La libertà d'insegnamento, poi, si traduce non solamente nei termini di opportunità di scelta del materiale didattico e di divulgazione dei relativi contenuti, ma assume una ulteriore (e più ricca) connotazione: pur nell'ambito di programmi uniformemente definiti onde garantire effettività al diritto all'istruzione di ciascun alunno, senza che singole (e, a volte, singolari) iniziative estemporanee ne possano pregiudicare il valore, la prima responsabilità di ciascun docente va ricondotta alla necessità di modulare metodi e modalità di condivisione dei saperi davvero rispondenti ai tratti caratteristici propri degli studenti con cui ci si relaziona quotidianamente, metodi che, ovviamente, preso atto dei poteri di coordinamento propri del collegio dei docenti, devono assicurare l'efficienza del "servizio pubblico istruzione" in vista degli specifici scopi educativi prefissati.

Del resto, lo *status* giuridico dell'insegnante, pur chiaramente connotandosi per il riconoscimento di diritti e posizioni di libertà proprie di ogni prestatore di lavoro (pubblico), necessariamente dimostra di essere "condizionato" dalle finalità pubbliche inevitabilmente interconnesse al ruolo rivestito.

Difatti, il complesso delle politiche finalizzate a disciplinare l'organizzazione del sistema scolastico, ivi compreso, ovviamente, il ruolo ascrivito al personale docente (e non), dovrebbe essere sorretto dall'intendimento di costruire un modello capace di rispondere effettivamente ai relativi (sempre nuovi) bisogni degli studenti

¹⁶ Cfr. L. BUSCEMA, R. CARIDÀ, *La responsabilità dell'insegnante tra condivisione dei saperi, cura e protezione dei discenti e processi di inclusione scolastica*, in L. BUSCEMA, R. CARIDÀ, G. DE LUCA, R. DI MARIA, A. MORELLI, V. PUPO, *Lineamenti di legislazione scolastica per l'inclusione*, Torino, Giappichelli, 2022, 143-146.

¹⁷ In tema, v., *ex multis*: L. ZANOTTI, *La libertà di insegnare e di apprendere*, Firenze, Firenze University Press, 2001, 2-7.

dimostrando di saper prontamente recepire le istanze provenienti dalla comunità di riferimento.

In tal senso, ormai da tempo emerge con sempre maggiore intensità l'esigenza di instaurare processi decisionali che permettano una fattiva partecipazione (per vero, non solo) del personale scolastico alla definizione degli interventi concepiti per migliorare la qualità dell'insegnamento, nonché della messa a punto e diffusione di nuovi e più aggiornati metodi didattici e pedagogici.

Ciò, nell'ottica di una rivisitazione del ruolo da ascrivere in capo ai docenti, non semplicemente titolari di diritti e centro di imputazione di doveri e responsabilità, ma attori protagonisti di una comunità scolastica che contribuiscono quotidianamente a formare ed arricchire¹⁸.

Come già rilevato, difatti, il processo di insegnamento/apprendimento volto a promuovere lo sviluppo umano, culturale, civile e professionale degli alunni, sulla base delle finalità e degli obiettivi previsti dagli ordinamenti scolastici definiti per i vari ordini e gradi dell'istruzione, passa attraverso il fattivo impegno profuso da parte di ciascun docente, esplicantesi, in ossequio al principio di autonomia (*rectius*: di libertà d'insegnamento) nel complesso delle attività individuali e collegiali e nella partecipazione alle attività di aggiornamento e formazione in servizio.

In quest'ottica, in attuazione dei principi posti a fondamento del modello di autonomia scolastica in atto divisato dal legislatore, i docenti, nelle attività collegiali, attraverso processi di confronto ritenuti più utili e idonei, elaborano, attuano e verificano, per gli aspetti pedagogico - didattici, il piano dell'offerta formativa, adattandone l'articolazione alle differenziate esigenze degli alunni e tenendo conto del contesto socio - economico di riferimento, anche al fine del raggiungimento di condivisi obiettivi qualitativi di apprendimento in ciascuna classe e nelle diverse discipline¹⁹.

Si assommano (e, tra di loro, interagiscono) competenze disciplinari, psicopedagogiche, metodologico-didattiche, organizzativo-relazionali e di ricerca,

¹⁸ Cfr. L. BUSCEMA, R. CARIDÀ, *La responsabilità*, cit., 147-150.

¹⁹ In tema, v. N. PAPARELLA, *Il piano dell'offerta formativa*, in N. Paparella (a cura di), Roma, Armando editore, 2009, 178-187.

documentazione e valutazione, che si sviluppano col maturare dell'esperienza didattica, l'attività di studio e di sistematizzazione della pratica didattica.

I contenuti della prestazione professionale del personale docente si definiscono, così, nel quadro degli obiettivi generali perseguiti dal sistema nazionale di istruzione e nel rispetto degli indirizzi delineati nel piano dell'offerta formativa della scuola, espressione di autonomia progettuale e possibilmente coerente con gli obiettivi generali e specifici di ciascun tipo e indirizzo di studio, curando la promozione e il sostegno dei processi innovativi e il miglioramento dell'offerta formativa²⁰.

In tal contesto, l'insieme degli obblighi professionali ascrivibili in capo agli insegnanti viene tradizionalmente suddiviso in due diverse macroaree, certamente, tra di loro, strettamente interconnesse.

Da un lato, si stagliano le attività di insegnamento in senso proprio intese, comprensive non solo della docenza curricolare, bensì, in ragione dell'ordine di scuola di appartenenza, anche, ad esempio, previa programmazione, di attività di arricchimento dell'offerta formativa e di recupero individualizzato o per gruppi ristretti di alunni con ritardo nei processi di apprendimento.

Dall'altro lato, si annoverano le c.d. attività funzionali alla prestazione di insegnamento, in sintesi ed in via esemplificativa riferibili a tutte le attività, anche a carattere collegiale, di programmazione, progettazione, ricerca, valutazione, documentazione, aggiornamento e formazione, compresa la preparazione dei lavori degli organi collegiali, la partecipazione alle riunioni e l'attuazione delle delibere adottate dai predetti organi²¹.

Chiaramente, l'insieme delle mansioni, delle responsabilità e dei compiti sino a questo momento esplicitati vanno apprezzati onde permettere, come già detto, di inquadrare la "funzione docente" alla stregua di esplicazione essenziale

²⁰ Cfr., *ex multis*: P. MULÈ, C. DE LUCA, A.M. NOTTI (a cura di), *Insegnante e il dirigente scolastico nella scuola dell'autonomia tra didattica, governance e progetto culturale*, Roma, Armando editore, 2020.

²¹ In tema, *v. ex multis*: G. CANNAROZZO, *Progettazione, valutazione dell'offerta formativa e gestione delle risorse umane*, in N. SERIO (a cura di), *Funzioni e responsabilità del dirigente scolastico: fra tradizione e management*, Roma, Armando editore, 2015, 207-220.

dell'attività di trasmissione della cultura, di contributo alla elaborazione di essa e di impulso alla partecipazione dei giovani a tale processo e alla formazione umana e critica della personalità.

Obiettivi che, peraltro, ben possono essere perseguiti anche grazie ad un costante processo di aggiornamento e formazione professionale che, in verità, (anch'esso) assurge non tanto e solo a «diritto per il personale docente», perché funzionale sia alla realizzazione e allo sviluppo della professionalità sia all'insegnamento nelle sue diverse espressioni, bensì diviene un vero e proprio «obbligo di servizio»²².

Di conseguenza, va assunta in debita considerazione *«l'esigenza della formazione costante dei docenti i quali devono occuparsi della trasmissione del sapere attraverso l'utilizzo di strategie didattiche adeguate alle capacità di apprendimento di ciascun individuo, al fine di garantire una proposta di educazione e di istruzione di qualità in cui possano essere individuate e valorizzate le inclinazioni, potenzialità ed interessi di ciascuno in modo da superare o compensare i limiti che si frappongono alla sua crescita come persona e come cittadino»*²³.

Così, l'offerta formativa indirizzata nei confronti dei docenti diviene un'opportunità di effettivo sviluppo e crescita professionale, per una rinnovata credibilità sociale in vista dell'innovazione e della qualificazione del sistema educativo apprezzato nel suo complesso.

In generale, sembra percorribile un approccio multidisciplinare, soprattutto con riguardo ad ambiti di interesse che diano modo di approfondire tematiche d'ordine trasversale²⁴: la storia, la filosofia e la letteratura si intrecciano perfettamente con molteplici temi propri del costituzionalismo moderno, anche in chiave comparata; le scienze naturali, chimiche e fisiche pongono all'attenzione dell'uditorio stringenti problematiche d'attualità riferibili alla tutela dell'ambiente ed allo sviluppo sostenibile; le scienze motorie e l'attività sportiva in genere divengono un *«efficace veicolo di importanti valori come la solidarietà, la tolleranza, il rispetto dell'altro,*

²² Cfr. Consiglio di Stato, 20.3.2007, n. 1425.

²³ Così E. CARACCILO LA GROTTIERA, *Diritto all'istruzione*, cit., 71.

²⁴ Cfr. S. PANIZZA, *Le Linee guida ministeriali per l'insegnamento dell'educazione civica a partire dall'anno scolastico 2020/2021*, in *Dirittifondamentali.it*, 2020, 1224-1227.

la correttezza, il senso di appartenenza ad un gruppo, la disponibilità e la motivazione a compiere sforzi personali»²⁵, costituiscono fonte di ispirazione per consolidare lo spirito di gruppo, la lealtà e la correttezza ed esercitano un'influenza positiva nel processo di maturazione culturale, sociale e della personalità di ciascuno, aiutando, in tal modo, a rafforzare anche la cittadinanza attiva²⁶.

In ordine, poi, alla promozione di un modello (valoriale) scolastico inclusivo, si osserva, siffatto obiettivo trova già riscontro (quantomeno, parzialmente) in seno ai percorsi di formazione della figura professionale del docente di sostegno²⁷ ove risulta essere innestato un percorso di approfondimento giuridico dei temi dell'inclusione e dell'integrazione scolastica²⁸ nell'ambito del più ampio (e complesso) compito di trasmettere le necessarie competenze al fine di garantire in maniera effettiva «il diritto alla personalizzazione della didattica, svolgendo attività idonee a potenziare i punti di debolezza e valorizzare le particolari capacità di tutti gli studenti, siano essi normodotati, plusdotati, disabili, con disturbi specifici dell'apprendimento o bisogni educativi speciali, affinché ciascun talento non sia ignorato o sciupato ma, al contrario, sia valorizzato e potenziato, perché tutti siano in grado di fornire, da adulti, il proprio contributo al progresso della società»²⁹.

²⁵ Cfr. G. MAZZEI, *Problematiche giuridiche e ruolo sociale dello sport: introduzione e confronto tra il modello europeo e il modello statunitense*, in G. MAZZEI, J. ESPARTERO CASADO (a cura di), *Problematiche giuridiche e ruolo sociale dello sport*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, 11-19.

²⁶ Cfr. S. BASTIANON, *Prime riflessioni sulla legge 20 gennaio 2016, n. 12 e dintorni: tesseramento, vincolo e cittadinanza sportiva (con uno sguardo particolare al nuoto)*, in *Riv. dir. sport.*, 2016, II, 261-263.

²⁷ Cfr., *ex plurimis*: M. MONTANARI, G. RUZZANTE, *Formare l'insegnante specializzato: l'esperienza inclusiva dei laboratori nel corso di specializzazione per il sostegno*, in *Italian Journal of Special Education for Inclusion*, 2020, 335-349; A. FIORUCCI, *Inclusione, disabilità e formazione docenti. Uno studio sulla rilevazione degli atteggiamenti e dei fattori associati in un gruppo di futuri insegnanti. La scala OFAID*, in *Italian Journal of Special Education for Inclusion*, 2019, 2, 271-293; F. BOCCI, *L'insegnante inclusivo e la sua formazione: una questione aperta nell'ottica dei Disability Studies*. in AA.VV., *Disability Studies e Inclusione. Per una lettura critica delle politiche e pratiche educative*, Trento, Erickson, 2018, 141-171; P. GASPARI, *Per una formazione "non medicalizzata" del docente di sostegno in prospettiva inclusiva*, in *L'integrazione scolastica e sociale*, 2018, 17, 3, 265-274; A.M. CIRACI, M.V. ISIDORI, *Insegnanti inclusivi: un'indagine empirica sulla formazione specialistica degli insegnanti di sostegno*, in *Journal of Educational, Cultural and Psychological Studies*, 2017, 16, 207-234.

²⁸ Cfr. C. COLAPIETRO, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il "nuovo" diritto alla socializzazione*, in *Diritti fondamentali*, 2020, 2, 121-164.

²⁹ Cfr. E. CARACCILO LA GROTTERIA, *Diritto all'istruzione*, cit., 71.

In tal contesto, è facile comprendere come la funzione educativa dell'insegnante divenga «il perno di un'azione coordinata...più profonda ed incisiva»³⁰.

Così, curare, con scrupolo ed attenzione, il percorso formativo del docente si traduce in un innalzamento della qualità del sistema scolastico, apprezzato non solamente nella veste di amministrazione burocratica preposta all'erogazione del servizio pubblico d'istruzione, bensì a comunità ideale entro la quale maturano e si sviluppano conoscenze e competenze, capacità ed attitudini, qualità morali e civiche dell'individuo.

Ciò, specie con riguardo alla formazione degli insegnanti di sostegno deputati ad assolvere, insieme con ulteriori figure professionali³¹, il delicato compito di favorire processi inclusivi che, al contempo, possano garantire di mitigare le difficoltà, legate alle patologie sofferte, con le quali, quotidianamente, l'alunno disabile è chiamato a confrontarsi, in uno con la possibilità di promuovere i valori di solidarietà che permettano ad una comunità scolastica di divenire realmente inclusiva³².

Nel privilegiare, in seno ai corsi di specializzazione per le attività di sostegno didattico agli alunni con disabilità, contenuti formativi e culturali riconducibili alla sfera medico/psico/pedagogica, non va sottovalutato, però, il peso specifico da

³⁰ Cfr. U. POTOTSCHNIG, *Un nuovo rapporto fra amministrazione e scuola*, Riv. giur. Scuola, 1975, 252.

³¹ In ordine alla disamina del ruolo ascrivito all'assistente educativo scolastico, figura che interviene nei processi di apprendimento e socializzazione dell'alunno con disabilità per potenziarne le capacità in ambiti quali l'autonomia e la gestione degli aspetti cognitivi e relazionali, v. S. ZANAZZI, *L'assistenza educativa per gli alunni con disabilità: uno sguardo sui modelli organizzativi in prospettiva inclusiva*, in *Annali online della Didattica e della Formazione Docente*, Vol. 14, n. 23/2022, 197-215.

³² Circa il ruolo da ascrivere all'insegnante di sostegno in seno ad un modello scolastico inclusivo, v. S. NOCERA, *I docenti per il sostegno mediatori didattici dell'inclusione*, in D. IANES (a cura di), *L'evoluzione dell'insegnante di sostegno. Verso una didattica inclusiva*, Trento, Erickson, 2015, 147-152; A. CANEVARO, E. MALAGUTI, *Inclusione ed educazione: sfide contemporanee nel dibattito intorno alla pedagogia speciale*, in *Italian Journal of Special Education for Inclusion*, 2015, vol. 2, n. 2, 97-108; L. COTTINI, *Promuovere l'inclusione: l'insegnante specializzato per le attività di sostegno in primo piano*, in *Italian Journal of Special Education for Inclusion*, 2014, vol. 2, n. 2, 10-20; A. GOUSSOT, *Quale evoluzione per il sostegno? L'insegnante specializzato di sostegno come tecnico della mediazione pedagogica e dei percorsi indiretti?*, in *Italian Journal of Special Education for Inclusion*, 2014, vol. 2, n. 2, 55-66; A. FIORUCCI, *Gli atteggiamenti degli insegnanti verso l'inclusione e la disabilità: uno sguardo internazionale*, in *Italian Journal of Special Education for Inclusion*, 2014, vol. 2, n. 1, 53-66; V. PIAZZA, *L'insegnante di sostegno*, Trento, Erickson, 2009.

ascrivere all'approfondimento di delicate tematiche mediante l'acquisizione di competenze e conoscenze di natura giuridica.

Ovviamente, non si tratta di soffermarsi sulla disamina di "nozioni teoriche", magari all'esito di una semplice lettura della disciplina di settore, seppur condotta in chiave critica, né di assumere un approccio che incentri l'attenzione su di un modello concettuale di taglio meramente burocratico/amministrativo³³.

Le modalità di svolgimento dell'attività didattica erogata in favore dei docenti curricolari - sovente contraddistinti da un background culturale significativamente distante dalla "canonica" *forma mentis* giuridica - che aspirino a rivestire le funzioni di insegnante di sostegno devono, diversamente, costituire l'occasione per infondere nuove competenze che possano divenire mezzo di conoscenza per acquisire maggiore consapevolezza circa il valore e l'importanza della professione esercitata.

Si tratta, cioè, di offrire una esegesi del dato normativo non fine a sé stessa, bensì capace di indurre a consolidare il convincimento secondo il quale l'obiettivo di affermazione di una scuola davvero inclusiva non possa che essere il frutto di un costante processo di sintesi degli interessi umani coinvolti alla luce di una interpretazione costituzionalmente orientata.

Difatti, l'accettazione di comuni valori culturali ed ideali, condivisi ed apprezzati grazie alla progressiva crescita, morale e spirituale, di ciascuno mediante la frequenza dei percorsi di istruzione modellati in seno ad un sistema scolastico che sappia infondere il convincimento ed il senso di appartenenza ad una sola collettività, si basa, in verità, sull'idea di ritenere la Costituzione espressione di un *pactum societatis*, peraltro intriso di significati etici ed educativi³⁴.

³³ Per un approfondimento dei fondamenti di legislazione scolastica in chiave storica, v. G. DE LUCA, A. MORELLI, *Profili storici*, in L. BUSCEMA, R. CARIDÀ, G. DE LUCA, R. DI MARIA, A. MORELLI, V. PUPO, *Lineamenti*, cit., 3-15. Diversamente, con riguardo alle più recenti linee evolutive, v. ID., *Autonomia scolastica e organizzazione amministrativa dell'istruzione*, in L. BUSCEMA, R. CARIDÀ, G. DE LUCA, R. DI MARIA, A. MORELLI, V. PUPO, *Lineamenti*, cit., 17-38.

³⁴ Cfr. G. LANEVE, *La scuola per la Costituzione e la Costituzione per la scuola: qualche riflessione sulla formazione degli insegnanti*, in *Federalismi*, 2014, 13, 9-14.

Ciò consente di ridurre a sintesi ed unità “un cammino pieno di contraddizioni e di travagli, ma anche di idee-forza e di processi volti ad affermare e tradurre nella realtà, in un mondo spesso assai distante da essi, valori essenziali che fondano la convivenza civile: - in primis - eguaglianza degli esseri umani, diritti inviolabili della persona”³⁵.

Siffatti obiettivi, per vero, passano attraverso la disamina di questioni complesse, spesso correlate a temi delicati.

In via del tutto esemplificativa, senza pretesa alcuna di esaustività, i contenuti formativi erogati in favore dei docenti curricolari si indirizzano nel senso di far risaltare gli obblighi di protezione e di cura da assolvere in favore dei discenti, la promozione di attività didattiche volte a consolidare non solo nuove conoscenze e competenze, bensì, *in primis*, lo sviluppo di un pensiero critico, l’affermazione di un modello scolastico inclusivo capace di comprendere e soddisfare i molteplici bisogni educativi ascrivibili in capo ai discenti³⁶.

In quest’ottica, quantomeno in senso minimo, ci si deve confrontare con il tema del “differenziale culturale e semantico”, nel quadro di una comunità scolastica (sempre più) multiculturale³⁷, nonché con una novella e rinnovata concezione di “inclusione scolastica”, espressione dell’accoglienza promossa in favore non solo di alunni disabili, ma anche con riguardo ad ulteriori e diversificate esigenze educative e di apprendimento, conseguenti a specifici disturbi che non siano, di necessità, la conseguenza di determinate patologie psicofisiche invalidanti.

L’attenzione va riservata, in merito, non solamente alla disciplina di settore di matrice interna, ma deve essere privilegiata una prospettiva che assuma in debita

³⁵ Così V. ONIDA, *Costituzione, valori sociali comuni, scuola*, in www.rivistaaic.it, 2.

³⁶ Cfr., *ex multis*: G. DE LUCA, *Il sistema nazionale di istruzione e formazione nella prospettiva del successo formativo e dell’inclusione sociale*, in L. BUSCEMA, R. CARIDÀ, G. DE LUCA, R. DI MARIA, A. MORELLI, V. PUPO, *Lineamenti*, cit., 41-52.

³⁷ Cfr., *ex multis*: F. DEI, *La scuola multiculturale: Una critica antropologica*, Roma, Edizioni MCE, 2021; M. CATARCI, *Responsabilità pedagogica e scuola multiculturale. Una prospettiva interculturale per l’educazione*, in *Formazione & Insegnamento*, 2019, 1, 55-64; S. DI MARE, L. SAULLE, *Il non cittadino nella Costituzione italiana ed il diritto all’istruzione del minore straniero*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2019, 1-16; M.G. NACCI, *Social rights of migrant minors between the division of powers and the principle of equality. The access to nursery schools*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2019, 1-23.

considerazione, per una tutela multilivello³⁸, le direttrici assiologiche derivanti dal diritto internazionale e dell'Unione Europea³⁹, fonti per vero capaci di aver impresso, in seno all'ordinamento interno, la giusta direzione nel favorire la trasformazione del sistema scolastico (originariamente basato su di un modello concettuale di integrazione) in senso inclusivo⁴⁰.

Ci si confronta, poi, in realtà, con una duplice esigenza: da un lato, dimostra di essere indispensabile fornire strumenti di comprensione circa la natura giuridica ed il corretto esercizio dei poteri amministrativi ascrivibili in capo ai docenti ogni qual volta assumano la qualità di componenti di organi collegiali chiamati all'adozione di determinazioni che direttamente impattano sull'effettività del diritto all'istruzione (per vero, non solo) degli studenti disabili.

In quest'ottica, spiccano temi complessi, legati, *inter alia*, all'evoluzione di un sistema normativo dedicato ai processi di integrazione scolastica, originariamente bastato su di un modello incentrato sulla diagnosi funzionale, sul profilo dinamico-funzionale e sul PEI, in seguito mutato mediante l'introduzione di un assetto connotato dalla rilevanza del c.d. profilo di funzionamento in vista dell'adozione del PEI secondo uno schema normativo, di recente introduzione mediante il D.M. n. 182/2020, che, sin da subito, ha ingenerato molteplici perplessità, d'ordine sia giuridico, sia applicativo⁴¹.

³⁸ Cfr. A. LAMBERTI, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità: prospettive di tutela multilevel*, in *Consultaonline*, 2022, 1165-1188; ID, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità: diritto interno e tutela multilevel*, in A. DI STASI, G. FAUCEGLIA, G. MARTINO, P. PENNETTA (a cura di), *Liber Amicorum per Massimo Panebianco*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 1153-1215.

³⁹ Cfr. D. FERRI, *La giurisprudenza costituzionale sui diritti delle persone con disabilità e lo Human Rights Model of Disability: "convergenze parallele" tra Corte costituzionale e Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2020, 523-552.

⁴⁰ In tema, v., *ex plurimis*: V. PUPO, *Il diritto internazionale*, in L. BUSCEMA, R. CARIDÀ, G. DE LUCA, R. DI MARIA, A. MORELLI, V. PUPO, *Lineamenti*, cit., 69-85; ID, *Il diritto euro-unitario*, in L. BUSCEMA, R. CARIDÀ, G. DE LUCA, R. DI MARIA, A. MORELLI, V. PUPO, *Lineamenti*, cit., 87-103.

⁴¹ In tema, v. di recente, R. CARIDÀ, *Il Progetto Individuale, il Piano Educativo Individualizzato, il Piano Didattico Personalizzato*, in L. BUSCEMA, R. CARIDÀ, G. DE LUCA, R. DI MARIA, A. MORELLI, V. PUPO, *Lineamenti*, cit., 192-198; A. LAMBERTI, *Il Diritto all'istruzione delle persone con disabilità: tutela giurisdizionale ed equilibrio di bilancio*, in *Dirittifondamentali.it*, 3/20202, 61-66.

Dall'altro lato, si osserva, senza scadere nei tecnicismi, sovente "incomprensibili" anche da parte degli "addetti ai lavori", va però garantita nei confronti dei docenti curricolari che aspirino a rivestire il ruolo di insegnante di sostegno una formazione completa ed esaustiva che permetta di assumere consapevolezza circa le responsabilità e la delicatezza dei compiti affidati, in uno con l'opportunità di valorizzare le sinergie tra i diversi operatori che, a vario titolo, partecipano ai processi di inclusione scolastica.

Si tratta, cioè, non (tanto e) solo di impartire nozioni tecniche, bensì di trasmettere un bagaglio assiologico che orienti il personale docente nella direzione di consolidare un evoluto modello di scuola (davvero) inclusiva.

3. I contenuti formativi caratterizzanti l'insegnamento della legislazione riferita all'integrazione scolastica e le direttrici assiologiche rilevanti nel processo di costruzione di un modello di scuola inclusiva

Il disegno personalista che anima la Costituzione presuppone, in favore dei discenti contraddistinti da disabilità, caratterizzati da disturbi specifici dell'apprendimento o nei cui confronti sia possibile assistere al ricorrere di (molteplici) bisogni educativi speciali, il riconoscimento della piena inclusione sociale mediante appositi percorsi didattici ed educativi volti a garantire l'effettivo godimento dei diritti fondamentali della persona all'interno delle aule scolastiche.

In un siffatto contesto valoriale, una particolare attenzione va certamente dedicata alle esigenze di apprendimento e socializzazione proprio degli studenti che, a motivo di (diversificati) fattori di disagio, siano esposti al rischio di marginalizzazione "civile e culturale" a causa di patologie, fisiche o mentali - o di particolari esigenze educative e di apprendimento - che li rendono "diversi" agli occhi della comunità.

Specie (ma non solo) con riguardo a discenti disabili, si osserva, la partecipazione al processo educativo che si realizza nella scuola con insegnanti e compagni normodotati costituisce un rilevante fattore di socializzazione; essa non solo può contribuire in modo decisivo a stimolare le potenzialità di chi si trova in una

situazione di svantaggio, al dispiegarsi, cioè, di quelle sollecitazioni psicologiche atte a migliorare i processi di apprendimento, di comunicazione e di relazione attraverso la progressiva riduzione dei condizionamenti indotti dalla minorazione, ma può indurre anche a rispettare ed accettare la diversità come fattore di ricchezza sociale e non alla stregua di potenziale fonte di discriminazione⁴².

Gli alunni e studenti di ogni ordine e grado sono accompagnati, in questo percorso, in generale, dal corpo docente e, in particolare, beneficiano del fondamentale contributo apportato dall'insegnante di sostegno che, come noto, non si relaziona solamente con il discente disabile, così esponendo lo stesso al pericolo di aggravamento del senso di marginalizzazione ed estraneità dovuto alla patologia da cui risulta essere affetto, ma svolge la propria funzione in un'ottica inclusiva, con tutti i componenti della classe, in modo da poter fattivamente favorire l'inserimento dello studente diversamente abile all'interno del gruppo⁴³.

Il bagaglio di esperienze professionali ed umane, sempre più ricco ed articolato nel tempo a partire dal completamento di specifici percorsi di formazione, rende, quindi, l'insegnante di sostegno la figura professionale maggiormente capace di

⁴² In dottrina, v. *ex plurimis*: M. FERRARI, G. MATUCCI, M. MORANDI, *La scuola inclusiva dalla Costituzione a oggi. Riflessioni tra pedagogia e diritto*, Milano, FrancoAngeli 2019; M. BRUSCHI, S. MILAZZO, *L'inclusività parcellizzata nella scuola italiana tra paradigma inclusivo e scelte normative*, in *Federalismi*, n. 2/2018, 1-22; G. MATUCCI, "Buona Scuola": *l'inclusione scolastica alla prova dei decreti attuativi*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2017, 1-22; F. MASCI, *L'inclusione scolastica dei disabili*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2017, 156-177; L. BUSATTA, *L'universo delle disabilità*, in F. CORTESE, M. TOMASI (a cura di), *Le definizioni nel diritto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, 335-364; S. TROILO, *I "nuovi" diritti sociali: la parabola dell'integrazione scolastica dei disabili tra principi e realtà*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2016, 1-16, consultato il 06.02.2023; V.S. PENASA, *La persona e la funzione promozionale della scuola: la realizzazione del disegno costituzionale e il necessario ruolo dei poteri pubblici. I casi dell'istruzione delle persone disabili e degli alunni stranieri*, in F. CORTESE (a cura di), *Tra amministrazione e scuola. Snodi e crocevia del diritto scolastico italiano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, 1-40; G. ARCONZO, M. D'AMICO (a cura di), *Università e persone con disabilità. Percorsi di ricerca applicati all'inclusione a vent'anni dalla legge n. 104 del 1992*, Milano, FrancoAngeli, 2013; C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili e Costituzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011; A. FERRO, *Diritto allo studio e integrazione scolastica dei soggetti diversamente abili*, in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, Torino 2010, III, 1373-1414.

⁴³ Invero, il dimensionamento della prestazione di sostegno assume carattere sostanzialmente dinamico, essendo correlato all'andamento della patologia da cui lo studente risulti essere affetto, con particolare riguardo alle possibilità di recupero della persona disabile, finalità cui il percorso deve essere orientato e diretto. Cfr. T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, 10/02/2020, n. 277; T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII, 11/02/2019, n. 737; T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, 20/11/2018, n. 2612; T.A.R. Campania Napoli, sez. IV, 07/09/2012, n. 3798.

cogliere le più significative sfumature del complesso processo di integrazione ed inclusione scolastica degli alunni disabili.

Storicamente, è noto, molteplici ostacoli sono stati frapposti alla piena e reale (in origine, integrazione e, poi), inclusione scolastica degli studenti affetti da disabilità⁴⁴: preconcetti e tabù di ordine culturale e sociale, da un lato, in uno con una (censurabile) interpretazione del dato normativo⁴⁵, dall'altro, hanno difatti rallentato il percorso da lungo tempo intrapreso e che, pur se, allo stato attuale, si dimostra capace di riconoscere, almeno formalmente, piena effettività al diritto all'istruzione del discente diversamente abile⁴⁶, si contraddistingue, purtuttavia, ancora, per la (r)esistenza di alcune "zone d'ombra"⁴⁷.

Superare, finalmente e in via definitiva, (tuttora persistenti) retaggi storici, ideologici e culturali, ancorati a pregiudizi e ad incomprensibili posizioni di

⁴⁴ In tema, v. *ex multis*: S. MESSINEO, *Dal costruito dell'integrazione a quello dell'inclusione: percorso culturale ed evoluzione normativa*, in L. BUSCEMA (a cura di), *Dall'integrazione all'inclusione scolastica. Tutele giuridiche e strategie pedagogiche ed educative*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, 13-42; C. MINASI, *Dall'integrazione all'inclusione. La norma giuridica e la sua flessibilità quale paradigma d'interpretazione della complessità*, in L. BUSCEMA (a cura di), *Dall'integrazione*, cit., 43-70.

⁴⁵ Per una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione delle persone con disabilità vedi C. COLAPIETRO, *I diritti delle persone*, cit., 129-164.

⁴⁶ Per una disamina dei più recenti progetti di riforma in tema di «piena ed effettiva attuazione del diritto all'istruzione e alla formazione», v. G. ARCONZO, *Disabilità e diritto all'istruzione*, in *www.forumcostituzionale.it*, 1, 2021, 507-516.

⁴⁷ Si faccia riferimento, ad esempio, alla vicenda affrontata da Corte Edu, Dupin c. Francia, 24 gennaio 2019, ric. n. 2282/17. Si trattava, in particolare, di vagliare la compatibilità con la C.E.D.U. della determinazione assunta dalle autorità francesi circa l'inserimento di un bambino affetto da autismo all'interno di scuole speciali, separate da quelle frequentate dagli altri coetanei, assunta, in verità, in base ad un opinabile margine di apprezzamento riconosciuto a ciascuno Stato sovrano (cfr., *ex multis*: Graeme c. Regno Unito, n. 13887/88, decisione della Commissione del 5 febbraio 1990; Klerks c. Paesi Bassi, ric. n. 25212/94, decisione della Commissione del 4 luglio 1995; Corte Edu, D.H. e altri c. Repubblica Ceca, GC, 13 novembre 2007, ric. n. 57325/00; Sanlısoy c. Turchia, ric. n. 77023/12, 8 novembre 2016; Corte Edu, Şahin c. Turchia, 30 gennaio 2018, ric. n. 23065/12), sul presupposto della fallace precedente frequenza dei corsi di studio ordinario, periodo durante il quale «il minore aveva avuto scarse occasioni di contatto con i compagni, non era progredito nell'apprendimento della lettura e della scrittura e aveva evidenziato, in definitiva, un'incapacità "di assumere i vincoli e le esigenze minime del comportamento implicite dal vivere in una scuola normale"». Così E. CRIVELLI, *Luci ed ombre sulla scuola come luogo di necessaria inclusione nella più recente giurisprudenza della corte di Strasburgo*, in *Rivista Aic*, n. 2/2019, 446. Sul punto, v. A. PATTI, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità: le pronunce Dupin contro Francia e Stoian contro Romania alla luce della normativa italiana*, in *www.forumcostituzionale.it*, 1, 2021, 188-200. In tema di "inattitudine del diritto all'istruzione a trarre fondamento o anche solo alimento dall'ordinamento sovranazionale", v. M. BENVENUTI, *"La scuola è aperta a tutti"?*, cit., 101-105.

retroguardia, mediante la piena promozione dell'inserimento, dell'integrazione e dell'inclusione nella scuola, consente (non solo) agli individui affetti da disabilità di oltrepassare una (misera) condizione di segregazione, solitudine ed isolamento, nonché i patimenti e i pesi che ne derivano, perché ne rende possibile la socializzazione, bensì anche, per tale via, permette di favorire la crescita e maturazione dell'intera comunità civile⁴⁸.

Si introduce, in ossequio ad una siffatta prospettiva, il concetto di *Special Educational Needs* fondato, appunto, sul valore delle pari opportunità e su di un approccio inclusivo rispetto alle diversità di ogni alunno, che si estrinsecano nei bisogni specifici di cui ciascuno di essi risulta essere portatore, valorizzate anche in chiave internazionale mediante, in particolare, la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, siglata a New York il 13 dicembre 2006, il cui art. 24 pone a carico degli Stati il compito di dar vita ad un sistema educativo che preveda l'integrazione scolastica degli alunni diversamente abili e offra possibilità di istruzione finalizzate alla piena e fattiva inclusione sociale⁴⁹.

Ciò, in ossequio al principio dell'accomodamento ragionevole⁵⁰, servente rispetto all'esigenza di adottare ogni necessario ed appropriato adattamento (non solo di natura normativa) onde garantire alle persone affette da disabilità l'effettivo godimento ed esercizio delle libertà fondamentali⁵¹.

In seno ad una società (che ama e suole definirsi) civile, difatti, finalità ineludibile si dimostra permettere all'individuo disabile di raggiungere il pieno sviluppo della propria personalità, dei talenti e della creatività, come pure delle proprie abilità fisiche e mentali, fino al loro massimo potenziale, del senso di dignità della persona e dell'autostima, per il tramite della promozione di politiche protese verso il

⁴⁸ Cfr. M. BENVENUTI, "La scuola è aperta a tutti"?, cit., 113.

⁴⁹ Sul punto, v. F. CAMPOLO, *Inclusione scolastica e tutela dei disturbi dello spettro autistico*, in L. BUSCEMA (a cura di), *Inclusione scolastica. Itinerari, metodi e valori*, Roma, Aracne, 2020, 21-23.

⁵⁰ Cfr., *ex multis*: G. GUARRERA, *Il principio di accomodamento ragionevole: la tutela del diritto all'inclusione scolastica*, in L. BUSCEMA (a cura di), *Dall'integrazione*, cit., 137-162.; D. FERRI, *L'accomodamento ragionevole per le persone con disabilità in Europa: da Transatlantic Borrowing alla Cross-Fertilization*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2017, 2, 381-420.

⁵¹ Cfr., *ex plurimis*: M. RAFFA, *L'accomodamento ragionevole: la disabilità è una questione di diritti umani*, in L. BUSCEMA (a cura di), *Inclusione scolastica*, cit., 41-62.

rafforzamento del rispetto dei diritti umani, delle libertà fondamentali e della diversità umana⁵².

La disabilità diviene, in tal senso, una questione di diritti umani⁵³.

In quest'ottica, spicca il percorso di progressiva emancipazione dello studente disabile - condotto a partire da una condizione di marginalità ed isolamento sociale verso l'integrale affrancamento da odiosi retaggi culturali e l'affermazione di nuovi modelli educativi - contraddistinto da un processo evolutivo interessato dal superamento dell'idea della sufficienza dell'impiego di strumenti volti a garantire la (mera) integrazione scolastica, con finalità compensatoria, mediante il conseguimento di metodi didattici e pedagogici incentrati sul valore dell'inclusione, affinché sia consentita la piena espressione delle caratteristiche individuali di ciascuno per il tramite di un orientamento educativo e didattico, sviluppato nel quotidiano, che intende rispettare, valorizzare e capitalizzare le differenze individuali presenti in tutti gli alunni, con un'attenzione particolare dedicata alle situazioni in cui tali differenze creano considerevoli barriere all'apprendimento e alla partecipazione alla vita sociale⁵⁴.

All'interno del mondo della scuola si assiste all'avvio, pertanto, di un nuovo corso ispirato all'autonomia di spazi e strumenti e al riconoscimento non solo della disabilità, ma anche dei bisogni educativi speciali, espressione di esigenze didattiche particolari da soddisfare mediante l'uso di strumenti compensativi e/o dispensativi; una didattica inclusiva, quindi, capace di accogliere l'alterità nella "normale specialità"⁵⁵.

⁵² In tema, v. V. FAZIO, *L'inclusione scolastica della persona con disabilità e il diritto all'autodeterminazione*, in L. BUSCEMA (a cura di), *Dall'integrazione*, cit., 71-103.

⁵³ Cfr. M. RAFFA, *L'accomodamento ragionevole: la disabilità è una questione di diritti umani*, cit., 61

⁵⁴ Cfr. A. ALAIMO, *Viaggio verso una Didattica inclusiva*, in L. BUSCEMA (a cura di), *Inclusione scolastica*, cit., p. 64.

⁵⁵ Per una disamina, in un recente passato, degli indici di qualità delle politiche di integrazione scolastica v. A. CANEVARO, L. D'ALONZO, D. IANES, *L'integrazione scolastica degli alunni con disabilità dal 1977 al 2007*, Bolzano, University Press Bozen, 2009, 133-142. In tema di tutela giurisdizionale del diritto all'istruzione nel sistema scolastico inclusivo con riferimento agli studenti che presentano bisogni educativi speciali di ogni tipologia, ivi compresi gli alunni con alto potenziale cognitivo, oltre che i disabili e i portatori di disturbi specifici dell'apprendimento, v. E. CARACCILO LA GROTTIERA, *Diritto all'istruzione*, cit., 34-71. Sul punto, v. F. GIRELLI, *La garanzia del diritto fondamentale all'istruzione delle persone con disabilità*, in

Un percorso didattico ed educativo, cioè, idoneo a rendere consapevole l'allievo dei suoi processi conoscitivi ed a consentirgli di controllarli, sceglierli e migliorarli.

In questa direzione, la scuola, intesa come comunità educante, non ha subito, nel tempo, alcuna battuta d'arresto nella ricerca di soluzioni, è diventata sempre più aperta e sempre più resiliente comprendendo quale importante (ma, purtroppo, spesso sottovalutato) ruolo ricopra all'interno della moderna società.

Così, una scuola capace di incidere positivamente sulla crescita e maturazione dei discenti attraverso strategie metodologico-didattiche ed organizzative valide non può non considerare la connessione tra le varie dimensioni dell'alunno.

Salute fisica e mentale, relazioni e famiglia di provenienza influenzano il processo di apprendimento e vanno prese in considerazione durante la progettazione dell'intervento che non deve essere verticale (docente di sostegno-alunno), ma deve essere orizzontale, reticolare, coinvolgendo più attori possibili. Affinché un intervento sia incisivo e significativo, quindi, scuola, famiglia, extrascuola devono partecipare in modo attivo e consapevole alla sua pianificazione e alla sua correlata realizzazione ed attuazione⁵⁶.

La scuola, del resto, costituisce l'ambiente educativo ove si sviluppa, matura e consolida la personalità degli studenti; è luogo di formazione, inclusione e accoglienza, ambiente tranquillo e sicuro all'interno del quale consentire l'apprendimento e la crescita culturale in maniera serena.

Un contesto educativo sfavorevole, caratterizzato da fenomeni antisociali, diversamente, può determinare l'insorgenza di criticità nel percorso di istruzione dell'alunno, specie laddove sia affetto da disturbi emotivi.

Fattori di rischio, quali assenza di limiti ben precisi e di regole, disinteresse, mancanza di empatia, clima educativo incoerente o eccessive punizioni e/o ammonimenti, possono causare il sopraggiungere di disturbi come l'iperattività e i

Diritti fondamentali, n. 3/2020, 100-115; L. NANNIPIERI, *Il diritto all'istruzione del disabile nelle fonti nazionali tra problemi definitivi, giurisprudenza costituzionale e giudici di merito*, in *Rivista Aic*, n. 3/2012, 1-8.

⁵⁶ Cfr. D. DIXIT DOMINUS, *Diversamente a scuola. Dalla scuola che esclude alla scuola per tutti*, in L. BUSCEMA (a cura di), *Inclusione scolastica*, cit., 104. Sul punto, v. anche L. ZINANT, *Verso nuove comunità educanti. Il ruolo della scuola e dell'extra-scuola, tra vulnerabilità e punti di forza*, in *Annali online della Didattica e della Formazione Docente*, Vol. 14, n. 23/2022, 216-229.

comportamenti oppositivo – provocatori o possono dar luogo a comportamenti antisociali, sfociando in problematiche quali la tossicodipendenza, il vandalismo e il bullismo.

Risulta perciò indispensabile radicare la cultura dell'educazione alla prosocialità, all'empatia e alla condivisione⁵⁷.

Cresce sempre più la consapevolezza, poi, che la scuola, simbolo dell'educazione e della formazione di ogni cittadino, costituisca uno spazio fisico da immaginare, progettare e riempire di contenuti in base alle esigenze riconducibili in capo agli individui che quotidianamente con esso si relazionano, in particolare seguendo i dettami dell'Universal Design e dell'Inclusive Design, i cui principi ben si adattano alle più innovative metodologie educative⁵⁸.

Per tale via, si perviene all'obiettivo di assicurare una didattica universale e senza barriere il cui intento è quello di trasformare la formazione e i materiali di apprendimento per renderli più accessibili, rispettando le specificità di ciascun discente.

Ben accetta risulta, in quest'ottica, ogni idea progettuale che fornisca strumenti per intervenire opportunamente, ma con semplicità, sul patrimonio edilizio esistente, attraverso una serie di elementi non invasivi da mettere in opera e con cui rendere più inclusivo e accessibile qualsiasi tipo di aula in vista del conseguimento della finalità di realizzare una "scuola per tutti", una scuola che non discrimina, che prova a rendere autonoma ogni persona, indipendentemente dalle capacità ed attitudini personali o dalla presenza di disabilità o di bisogni educativi speciali⁵⁹.

L'organizzazione e la strutturazione degli spazi all'interno degli edifici scolastici vanno quindi concepite quale strumento di facilitazione dell'apprendimento e, al

⁵⁷ Cfr. M.C. RIGANATI, *Le ripercussioni degli atti antisociali attuati nei confronti di chi soffre di un disturbo emotivo e le strategie che la scuola può mettere in atto*, in L. BUSCEMA (a cura di), *Inclusione scolastica*, cit., 115.

⁵⁸ Cfr., *ex plurimis*: M.J. CAPP, *The effectiveness of universal design for learning: a meta-analysis of literature between 2013 and 2016*, in *International Journal of Inclusive Education*, 2017, Volume 21, Issue 8, 791-807.

⁵⁹ Cfr. G. BRIGUGLIO, *"Una scuola per tutti": Percorsi di inclusione e ambiente facilitatore in una scuola senza barriere*, in L. BUSCEMA (a cura di), *Inclusione scolastica*, cit., 153-164.

contempo, divengono serventi rispetto ad imprescindibili garanzie di sicurezza degli edifici.

In tal contesto, matura il convincimento secondo il quale i diversi attori che partecipano, a vario titolo, al processo di erogazione dei servizi educativi siano chiamati ad apprestare ogni dovuto accorgimento indispensabile ad assicurare non solo l'ordinario svolgimento delle attività didattiche, ma anche la predisposizione e l'attuazione di ogni misura funzionale ad impedire che possano essere arrecati pregiudizi all'integrità psicofisica dei discenti, anche in caso di emergenza⁶⁰.

Così, va certamente favorita la programmazione di corsi di aggiornamento in materia di sicurezza per tutti gli operatori scolastici, tenuti da specialisti interni o esterni alla scuola, lo svolgimento di simulazioni periodiche delle procedure di evacuazione in precedenza adeguatamente pianificate, la compiuta disamina del ventaglio di circostanze configurabili in relazione alla geometria, all'ubicazione della costruzione e alle eventuali barriere architettoniche ivi presenti, nonché in relazione agli individui stessi, ciascuno contraddistinto da specifiche peculiarità a livello sia fisico che intellettuale/cognitivo.

Limitazioni fisiche, sensoriali o cognitive, in uno con l'ipotesi di possibili comorbilità, ingenerano, difatti, ovviamente, l'insorgenza di esigenze speciali da assumere in debita considerazione sia in fase di programmazione che di attuazione dei piani di emergenza.

⁶⁰ Invero, nell'immediato, si staglia la necessità di rimuovere gli impedimenti di ordine fisico, le c.d. "barriere architettoniche" - fonte di molteplici "situazioni di disagio cagionate dal mondo esterno per come esso si presenta" - che precludono, ovvero rendono particolarmente difficoltoso, la possibilità di soddisfare le più elementari esigenze di mobilità e, di conseguenza, compiere "tutta una serie di gesti, piccoli e grandi, che costellano la nostra vita quotidiana". Così P. VIRGADAMO, *La tutela risarcitoria del danno non patrimoniale patito dai disabili: dalle barriere architettoniche alla l. n. 67 del 2006*, in *Giust. civ.*, 2007, 7-8, 263-282. Per una disamina dei profili di responsabilità civile connessi alla mancata eliminazione delle barriere architettoniche a causa di disservizi e /o disfunzioni imputabili alla pubblica amministrazione, v. N. BRUZZI, *Discriminazione indiretta: la responsabilità corre su due binari*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 06, pp. 1926-1956. In giurisprudenza v., *ex multis*: Tribunale Roma, 16/07/2014; Tribunale Ancona, sez. dist. Jesi, 28/05/2013; Tribunale Bari, sez. I, 13/03/2012, n. 930; Tribunale Roma, sez. II civ., 05/03/2012, n. 4929; Tribunale Torino, 05/11/2011; Tribunale Roma, 24/10/2011; Tribunale Catania, 11/01/2008. In ordine ad una lettura restrittiva della nozione di handicap ai fini dell'applicazione della normativa di natura antidiscriminatoria in tema di barriere architettoniche v. G. GIAPPICHELLI, *La Corte di giustizia si pronuncia sulla nozione di handicap: un freno alla vis expansiva del diritto antidiscriminatorio?*, in *Riv. it. dir. lav.* 2007, 04, 758-775.

Diverso, perciò, è il caso di un alunno affetto solamente da deficit motori, in assenza di patologie di natura cognitiva, rispetto all'ipotesi in cui si assista alla presenza di uno studente contraddistinto da un ritardo mentale più o meno grave ma che deambuli normalmente. Ancora differenti sono i casi di deficit sensoriali, siano essi visivi o uditivi; la prospettiva muta ulteriormente laddove ci si debba confrontare con le esigenze di alunni affetti da comorbilità.

L'assistenza da prestare in favore di uno studente disabile, quindi, onde garantire la programmazione ed esecuzione di una procedura di evacuazione rapida e sicura, differisce molto in funzione della natura della patologia e della relativa gravità⁶¹.

Ciò, peraltro, postula il possesso di determinati requisiti di professionalità e costituisce potenziale fonte di responsabilità in capo a coloro i quali è ricondotta una specifica posizione di garanzia a tutela dell'integrità psicofisica degli studenti⁶².

Professionalità che, per vero, va costruita mediante un costante processo di formazione (giuridica, psicopedagogica, deontologica) che sappia valorizzare al meglio il ruolo rivestito dal personale docente comprensivo di competenze ed attribuzioni sempre più complesse, non solo strettamente interconnesse ad aspetti didattici ed educativi legati al rapporto instaurato con i propri discenti, ma capaci di coinvolgere il più vasto ed articolato tema delle relazioni scuola/famiglia, l'utilizzo delle nuove tecnologie ed anche, ovviamente, la sempre più delicata questione della vigilanza da esercitare sugli studenti, specie se minori d'età o affetti da disabilità.

Si tratta, cioè, di fornire ogni utile strumento conoscitivo ed applicativo che permetta di creare un clima inclusivo, espressione di accettazione reciproca nel rispetto delle differenze individuali; curare la qualità delle relazioni e la promozione di atteggiamenti prosociali rappresenta, in questa direzione, al contempo, metodo ed obiettivo assolutamente prioritario affinché in ogni alunno possano maturare sentimenti di accoglienza e di incoraggiamento, in uno con

⁶¹ Cfr. E. COPPOLINO, *Procedure di evacuazione per bambini disabili: limiti, criticità e proposte integrative*, in L. BUSCEMA (a cura di), *Inclusione scolastica*, cit., 179-225.

⁶² Cfr. L. BUSCEMA, R. CARIDÀ, *La responsabilità*, cit., 160-167.

efficaci strategie didattiche ed educative che consentano a ciascun studente, specie se diversamente abile, di essere apprezzato e valorizzato, oltre che pienamente integrato all'interno del gruppo classe⁶³.

In quest'ottica, si osserva, la gravità (e problematicità) delle difficoltà cui quotidianamente va incontro un alunno disabile impone in capo, *inter alia*, alla scuola di apprestare ogni necessaria misura protesa nella direzione di sollevare lo studente dalle fatiche e dai pregiudizi correlati alla propria condizione⁶⁴.

Finalità capace di esser perseguita solamente per il tramite dell'impiego di personale scolastico (*in primis*, docente, ancorché non solo) adeguatamente preparato, in possesso di qualità ed attitudini, oltre che di competenze e conoscenze, che garantiscano l'attuazione di virtuosi processi inclusivi.

In tal senso, è nella ricerca di adeguati strumenti di ausilio predisposti in favore degli alunni disabili ovvero contraddistinti dal ricorrere di (molteplici e) ulteriori bisogni educativi che, in materia di istruzione, si staglia e si misura l'effettiva consistenza del principio di eguaglianza.

Esso assurge, in detta prospettiva, a valore centrale del sistema costituzionale che, modernamente inteso, non si ispira ad una visione formalisticamente egualitaria ed omogenea della società, bensì tende a valorizzare le specificità e le "diversità" di modo da contrastare intenti e/o comportamenti discriminatori, capaci di pregiudicare la dignità dell'individuo e compromettere il riconoscimento di eguali opportunità di crescita, maturazione e sviluppo della personalità di ciascuno.

⁶³ Cfr. E. GIAMBÒ, *Responsabilità dell'insegnante di sostegno per omessa o inadeguata vigilanza dell'alunno con BES*, in L. BUSCEMA (a cura di), *Inclusione scolastica*, cit., 251-252.

⁶⁴ In tale direzione, è stato osservato, "*l'ingresso dell'handicappato non rende certo la scuola meno efficiente ma pone alla scuola una domanda più complessa di aiuto educativo e di sostegno didattico*". Così V. VADALÀ, *La tutela delle disabilità*, Milano, Giuffrè, 2009, 118.

Come nasce un diritto *

di

Agatino Cariola**

Sommario: 1. Il riconoscimento dei nuovi diritti tra Stato legislativo e Stato giurisdizionale - 2. Nuovi diritti e diritto giurisprudenziale - 3. Una proposta: la razionalizzazione dell'attivismo giudiziario di fronte all'inerzia legislativa - 4. La responsabilità civile dello Stato per atti legislativi incostituzionali.

1. Il riconoscimento dei nuovi diritti tra Stato legislativo e Stato giurisdizionale

Attorno alle modalità di apparizione e di riconoscimento di un diritto si sono cimentate pressoché tutte le generazioni di pubblicisti e di volta in volta ci si è affaticati su come intendere la nozione di inviolabilità contenuta nell'art. 2 Cost. ed in altre disposizioni costituzionali ¹; se lo stesso art. 2 dia luogo ad una clausola aperta o chiusa in ordine appunto al riconoscimento dei diritti ² e, connesso a questo tema, se la conclusione in ordine al carattere aperto possa applicarsi anche

* Testo dell'intervento svolto al Convegno su "Ambiente, Sostenibilità e Principi costituzionali", nei giorni 1-3 dicembre 2022, presso l'Università degli Studi di Salerno ed il Comune di Cava de' Tirreni, su iniziativa del prof. Armando Lamberti.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università di Catania

¹ La vastissima letteratura esime quasi dal dare indicazioni bibliografiche. Cfr. comunque P. Grossi, *Introduzione a uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972; A. Pace, *Problematica delle libertà fondamentali*, Padova, 1992; A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997; P. Caretti, *I diritti fondamentali*, Torino, 2002; R. Nania, P. Ridola, *I diritti costituzionali*, Torino, 2006.

² È la nota tesi di A. Barbera, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, Bologna-Roma, sub art. 2, Bologna-Roma, 1975.

ai doveri ³; come debba intendersi il dovere di solidarietà che pure la disposizione costituzionale definisce inderogabile (quasi la posizione simmetrica dell'attributo inviolabile) e declina negli ambiti politici, economici e sociali.

La solidarietà risulta oltretutto un valore assai difficile da considerare ⁴, perché se lo si assume quale fondamento dello stesso ordinamento finisce per tradursi nella riproposizione dello Stato etico e nella giustificazione a tutto tondo delle scelte delle maggioranze di governo ⁵. 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 ⁶.

³ P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984.

⁴ Cfr. S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Bari, 2014.

⁵ Questa la prospettiva di F. Giuffrè, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002, che appunto adotta una nozione di solidarietà che esige l'adesione interiore dei cittadini ai valori costituzionali, con la conseguenza di far ritenere estranei o addirittura contrari alla stessa Costituzione chi non condivide o non aderisce appieno a siffatti valori, in contrasto con la funzione integratrice che la Costituzione medesima dovrebbe assolvere. L'esame si dilunga in una rassegna di scelte legislative, in realtà tutte censurabili, ma appunto giustificate in nome della solidarietà e per questo quasi intangibili ad opera del legislatore futuro e del giudice, laddove le soluzioni ispirate alla solidarietà per un verso dovrebbero essere per definizione contingenti e flessibili, per altro verso sempre inidonee alla soddisfazione del valore costituzionale della partecipazione di tutti i cittadini alla vita del Paese. Invero, il richiamo alla solidarietà comporta quasi di necessità di individuare la misura, cioè a dire i limiti di applicazione di siffatto valore, giacché prestazioni personali o patrimoniali imposte in maniera sproporzionata ad alcuni soggetti e/o ceti in nome della solidarietà condurrebbero ad esiti antisolidaristici, cioè a spezzare ogni legame sociale (nei campi dell'istruzione come dell'assistenza sociale e sanitaria, in materia tributaria come a proposito di ogni altro campo di azione dello Stato sociale).

Per chi ama le assonanze linguistiche può notarsi che gli ambiti politici, economici e sociali sono ripetuti nell'art. 2 Cost. a proposito dei doveri di solidarietà e nell'art. 3 riguardo l'organizzazione del Paese.

⁶ Al riguardo G.A. Ferro, *Diritto allo studio e integrazione scolastica dei soggetti diversamente abili*, in *Scritti in onore di Luigi Arcidiacono*, III, Torino, 2010, 1373 ss. e, in specie, 1406 ss., Id., *Analfabetismo e amministrazione di sostegno nel quadro della tutela eurounitaria dei soggetti deboli (Osservazioni a margine di C. cass., I sez. civ., ord. n. 4709 del 2018)*, in *Ambienteditto*, 2018, 1 ss.

Rimane il problema di come riconoscere ed affermare tali situazioni soggettive e, quindi, individuare il loro fondamento in Costituzione: se nell'art. 2 ovvero nell'art. 13⁷, ovvero nel principio di eguaglianza sostanziale dell'art. 3, secondo comma, giacché chi per vari motivi non è messo alla pari con gli altri non può esercitare nemmeno il diritto di piena partecipazione alla vita pubblica⁸.

L'eguaglianza sostanziale, allora, diviene fondamento di tutte o almeno molte delle aspirazioni a vedersi riconoscere diritti, anche perché molti dei cd nuovi diritti (anche nel delicato ambito della bioetica) sono richieste di prestazioni da parte di altri, e quindi in definitiva dello Stato. La dimensione solidarista dà ulteriore base a siffatta pretesa al riconoscimento pubblico e – non da ultimo – alla conseguente ricerca delle necessarie risorse finanziarie o, almeno, dell'organizzazione indispensabile all'esercizio del diritto. Può aggiungersi che siffatto fondamento egualitario (sostanziale) dei nuovi diritti si rafforza con la considerazione della dignità della persona e, quindi, con il presupposto personalista dell'intera Costituzione e, più in generale, della cultura occidentale di impronta liberale nella quale ci riconosciamo e della quale ci sentiamo protagonisti.

Solo che il fondamento personalista – è doveroso dirlo – si è sviluppato in maniera piuttosto lontana dall'intenzione dei redattori degli artt. 2 e 3 Cost. e si colora oggi nei termini di una libertà di autodeterminazione che assume i contenuti del volontarismo individualista.

In realtà, se si considerano molte delle riflessioni sui diritti, dovrebbe concludersi che la loro affermazione passa e finisce per fondarsi sulla coscienza sociale e/o culturale, con l'avvertenza oltretutto che in maniera sempre più forte nell'economia globalizzata a livello mondiale – o almeno nel gruppo di Paesi ai quali ci si riconosce affini – siffatta affermazione muove dalle esperienze presenti appunto anche in altre esperienze sociali. Come la democrazia non può stare in un solo

⁷ Secondo la ricostruzione di F. Modugno, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995.

⁸ Per chi ama le assonanze linguistiche può notarsi che gli ambiti politici, economici e sociali sono ripetuti nell'art. 2 a proposito dei doveri di solidarietà e nell'art. 3 riguardo l'organizzazione.

Paese ⁹, così i diritti sono a vocazione universale, non possono stare da soli e limitarsi all'esperienza di un solo Stato ¹⁰.

Il fondamento costituzionale di un "nuovo" diritto serve, in realtà, alla sede giurisdizionale, laddove si pone il problema di affermarlo (sempre) *contro* le eventuali scelte legislative che non lo riconoscano ovvero lo comprimano e quindi si tratta di operare in concreto il cd bilanciamento tra valori e conseguenti situazioni giuridiche soggettive.

L'intero *leit-motiv* di questa riflessione è che i diritti non nascono costituzionali, ma lo diventano allorché si pone il problema del loro riconoscimento e della loro tutela e nel prisma giurisdizionale si tratta, appunto, di affermarli e di comporli con altri diritti i quali pure reclamano analogo fondamento costituzionale.

Si pensi, per fare un esempio, al caso della fecondazione eterologa oggetto della sentenza n. 162/2014: di certo il riconoscimento di un tale diritto non può riportarsi all'intento originario del Costituente ¹¹; esso è il prodotto congiunto della tecnica che consente la pratica della procreazione medicalmente assistita ¹² e della coscienza sociale – *id est*: la cultura in senso antropologico - che l'ammette. È significativo che la sentenza appena citata abbia considerato che la legge n. 40/2004 abbia vietato una pratica in precedenza (non disciplinata e quindi) permessa. A quel punto la fecondazione eterologa è stata ritenuta espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, ha assunto rango costituzionale ed è entrata in bilanciamento con altri valori costituzionali.

La prospettiva qui adottata è quella di unire la riflessione sui diritti, in particolare modo sui cosiddetti nuovi diritti, ad una lettura che novant'anni fa Schmitt aveva

⁹ A parafrasare il titolo del noto libro di E.H. Carr, *Il socialismo in un solo Paese*, trad. it. Torino, 1969.

¹⁰ L'osservazione deriva ovviamente dall'art. 16 Dichiarazione del 1789 e dal ruolo sempre più intenso del diritto costituzionale comune, specie dopo la positivizzazione della nozione di tradizione costituzionale da parte dell'art. 6 TUE.

¹¹ Criticamente su tale criterio A. Cariola, *La "tradizione" costituzionale: contro l'original intent nell'interpretazione della Costituzione*, in Id., *Sull'interpretazione costituzionale e altri saggi*, Torino, 2015.

¹² Su questi temi cfr. E. Castorina, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2015.

fatto dei tipi di Stato nel noto saggio *“Legalità e legittimità”*¹³, e di legare i cd nuovi diritti al ruolo delle giurisdizioni contro quello del legislatore (identificato con la maggioranza politica contingente). Ovviamente, ciò comporta che i giudici assumano il ruolo di tutori dei diritti (secondo, se si vuole, la lezione di Dworkin) e non di semplici esecutori di leggi. Si è detto dei giudici, perché sono essi che sollevano i problemi di riconoscimento e di tutela dei diritti, in un certo senso li riscrivono anche rispetto alla prospettazione del soggetto che assume lesa la propria sfera personale. Ci si rende conto che, spesso, l’osservanza della legge (il rigoroso principio di legalità sul quale Schmitt insisteva non a caso nella sua riflessione del 1932) ha una funzione deresponsabilizzante per chi – giudice o amministratore – nel decidere su fattispecie concrete si conforma alla regola di legge sulla base del principio di autorità. Anche per questo la prospettiva qui accolta è di rinvenire una sede e/o uno strumento di riconoscimento e tutela dei diritti che sia efficace contro le scelte ovvero le (molto frequenti) omissioni del legislatore.

Come ricordiamo tutti, Schmitt individuava al tempo tre tipi di Stato, quello legislativo, quello governativo-amministrativo e quello giurisdizionale. A costo di semplificare una teorica sulla quale si esercitano tanti specialisti, può rilevarsi che l’attenzione di Schmitt – il suo favore, in altri termini - era in fondo per lo Stato legislativo, quello in cui in Parlamento è superiore ad ogni altra istanza decisoria, e quindi quell’assetto istituzionale nel quale un soggetto deve acquisire il controllo del medesimo Parlamento, vincere le elezioni, diventare maggioranza parlamentare, esprimere il Governo, (perché possa) decidere ed innovare.

In fondo – e l’osservazione non paia stravagante – parte del costituzionalismo novecentesco è stata attratta (non solo dal problema di individuare il decisore politico, ma anche) dal tentativo di riportare all’interno dell’ordinamento i circuiti delle riforme, se non delle rivoluzioni. I regimi dittatoriali si sono proclamati rivoluzionari anche quando hanno proceduto a modificazioni normative nel rispetto dei procedimenti legali; ma anche le esperienze democratiche hanno

¹³ C. Schmitt, *Legalità e legittimità*, 1932, trad. it. Bologna 2018, 35 ss.

esaltato l'aspetto riformista delle politiche adottate. Si vuol insistere sul fatto che l'acquisizione del ruolo di decisore è stato il problema della riflessione costituzionalistica. E Schmitt è stato esemplare in questo.

Tempo addietro Mario Nigro osservava che, probabilmente, l'idea che Schmitt aveva dello Stato legislativo era quella di un paradiso perduto, perché il modello che aveva presente, basato sulla legge e sul potere di decisione del Parlamento cui doveva prestarsi esecuzione alla stregua di una versione piuttosto rigida del principio di legalità, era già in crisi e ci si muoveva verso lo Stato amministrativo e totale ¹⁴.

Forse ha ragione Carlo Galli quando scrive che, benché non l'amasse, Schmitt voleva rafforzare la repubblica di Weimar, farle assumere una veste idonea a decidere anche per dare alla maggioranza parlamentare gli strumenti per governare ¹⁵: una prospettiva che, anni dopo, in Italia Mortati farà propria sul commento dell'art. 1 della Costituzione ¹⁶.

È lo Stato legislativo, dove un decisore politico adotta scelte, quello che si attaglia meglio alla figura del progresso. Lo Stato giurisdizionale sarebbe tipico dell'esperienza medievale che per definizione è espressione di tendenze conservatrici, attribuite ad un Medioevo più o meno mitico. I diritti vanno assieme con il legislatore: sono "costruiti" e riconosciuti dal legislatore e da esso oggetto di bilanciamento. Che è poi la prospettiva spesso ripetuta.

Possiamo, a distanza di anni dalla riflessione di Schmitt, mutare la prospettiva? E dare prevalenza al diritto giurisprudenziale piuttosto che al diritto di formazione legislativa?

Certo, nessuno pensa di dimenticare che i materiali legislativi, come i materiali amministrativi, fanno parte della costruzione di un (nuovo) diritto.

Anche la sentenza della Corte costituzionale sul caso Cappato non ha potuto fare a meno di riferirsi alla legge 219 del 2017, alla legge sulle Disposizioni anticipate di

¹⁴ M. Nigro, *Carl Schmitt e lo Stato amministrativo*, in *Quad. cost.*, 1986, 461 ss., 464.

¹⁵ C. Galli, *Crisi, morte e trasfigurazione di una Repubblica*, in C. Schmitt, *Legalità e legittimità*, cit., 7 ss., 15 s., 24.

¹⁶ C. Mortati, *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, sub art. 1, Bologna-Roma, 1975.

trattamento, e quindi trarre un tassello da quella disciplina ¹⁷. Ma quella decisione, in realtà, ha sorpassato ogni disciplina legislativa (appunto inesistente) ed ha operato in maniera nettamente innovativa sino a stabilire un vero e proprio procedimento, in precedenza ignoto, per addivenire a talune scelte.

Qui si sostiene che siamo nel tempo in cui i diritti e in particolare modo i nuovi diritti sono di formazione giurisprudenziale, con delle conseguenze applicative che si tenterà di individuare. In particolare, la soggezione del giudice alla legge (art. 101 Cost.) è soprattutto fedeltà alla Repubblica e dovere di osservare la Costituzione e le leggi (art. 54), ma con l'avvertenza che l'inciso della disposizione costituzionale non è affatto un'endiadi, ma una successione temporale e sistematica nel senso che prima viene la Costituzione e poi le leggi. Ne segue che, quasi in maniera istintiva, a queste ultime il giudice presta osservanza solo dopo che sono stati superati i (necessari) dubbi circa la loro compatibilità con la prima. Da ciò ancora la necessaria indipendenza ed autonomia di tutti i giudici da ogni altro potere (art. 104), che è la condizione perché il precetto costituzionale possa trovare primazia.

Il diritto giurisprudenziale richiede un assetto istituzionale congruo a siffatti principi: quasi una "scommessa" sui giudici (comuni e costituzionali) a rendersi tutori dei diritti.

2. Nuovi diritti e diritto giurisprudenziale

Tra gli elementi che inducono a dare prevalenza al diritto giurisprudenziale nel riconoscimento dei nuovi diritti, vi è in particolar modo ed in via preliminare la mutata concezione della Costituzione, che è contemporaneamente una Costituzione per valori e una Costituzione dello Stato e della società. Si tratta di cose abbastanza scontate: ma si deve richiamare l'attenzione sul fatto che tale Costituzione fonda una diretta legittimazione dei giudici senza la mediazione del legislatore e, talvolta, addirittura contro il legislatore (una volta che al giudice è richiesto di contestare le scelte normative per la loro possibile incostituzionalità).

¹⁷ Corte costituzionale, n. 242/2019.

Sul punto dovrebbe anzi insistersi, perché una Costituzione riferita alla società e non più allo Stato istituzione spinge ad esaltare il ruolo della giurisdizione quale funzione dello Stato-ordinamento e non più, o comunque non solo, dello Stato apparato¹⁸. Ciò, ad esempio, dovrebbe indurre a prendere sul serio la separazione dei poteri ed a vietare la presenza dei tanti magistrati (ordinari e, soprattutto, amministrativi) negli uffici ministeriali, atteso che ciò contraddice appieno la teoria di Montesquieu che pure è a base del costituzionalismo moderno, e contrasta appunto con il processo di legittimazione della funzione giurisdizionale nelle sue varie articolazioni sull'assetto comunitario e non su quello istituzionale¹⁹. Il giudice "bocca" della società (e quindi degli orientamenti culturali che possono definirsi generalmente condivisi ed inclusivi) e non (solo) della legge²⁰. Ovviamente, la scommessa di ciò è che la giurisdizione preservi il pluralismo sociale e culturale e non si omogenizzi su un solo dato: l'insistenza sui diritti cd procedimentalizzati dovrebbe contribuire ad assicurare il carattere "neutrale" del ruolo giurisdizionale.

La stessa Costituzione, appunto perché riferimento valoriale, va intesa alla stregua di un patrimonio culturale nel quale sono assai presenti le esperienze di altri ordinamenti. Potrebbe dirsi che il diritto comparato assume valenza prescrittiva e non solo descrittiva, attesa appunto la vocazione universale dei diritti a partire almeno dalla Dichiarazione del 1789. Allora, il confronto ovvero il dialogo tra le

¹⁸ Ovviamente a prendere sul serio la distinzione tra Stato-persona o istituzione e Stato-ordinamento o comunità, che pure risulta essere a fondamento del processo democratico che assume la necessità di rendere il primo rappresentativo e responsabile di fronte al secondo.

¹⁹ Invero, sembra che si sia dimenticata l'osservazione di Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, 1748, in varie edizioni italiane, ma qui deve riportarsi il passaggio secondo il quale «non vi è libertà se il potere giudiziario non è separato dal potere legislativo e da quello esecutivo. Se esso fosse unito al potere legislativo, il potere sulla vita e la libertà dei cittadini sarebbe arbitrario, poiché il giudice sarebbe al tempo stesso legislatore. Se fosse unito con il potere esecutivo il giudice potrebbe avere la forza di un oppressore [...]. Dei tre poteri, dei quali abbiamo parlato, quello giudiziario è in un certo senso nullo». L'esperienza italiana vede giudici ordinari e, soprattutto, amministrativi rivestire ruoli ministeriali e di concreta gestione, come di regolazione nelle cd autorità indipendenti, su nomina del Governo o del Parlamento e, quindi, su derivazione politica. La violazione del principio non potrebbe essere più evidente.

²⁰ È una vecchia idea di A. Barak, *La discrezionalità del giudice*, trad. it. Milano, 1995, che assegnava al giudice di essere espressione della parte più illuminata della società e, quindi, di farsi carico degli orientamenti culturali presenti nella stessa.

Corti non è affatto un esercizio dottrinale, ma è parte sostanziale del modo in cui oggi si produce diritto.

Oltre all'elaborazione sui diritti prodotto dell'esperienza comparata, va considerato il ruolo che nell'affermazione dei diritti ha il precedente giudiziario. Anzi, i diritti sorgono anche per gemmazione – per così dire - da un diritto già riconosciuto in sede appunto giurisdizionale. L'esempio classico – anche se assai controverso – è l'aborto “sorto” in *Roe v. Wade* dal diritto di privacy²¹. I diritti nascono dai diritti in un'operazione che, certo, si interrompe le volte in cui l'affermazione del diritto non è mai stata compiuta o muta la coscienza sociale – anche se dovrebbe dirsi: la cultura²².

Soprattutto, la sede giurisdizionale è quella che risulta propria dei diritti perché questi ultimi hanno senso contro la maggioranza politica, cioè a dire contro il decisore (anche quando rimanesse inerte) che trae legittimazione dalle vicende elettorali e, in generale, dalle scelte politiche.

È comprensibile che nello Stato ottocentesco la tutela dei diritti sia stata affidata al legislatore espressione delle classi che si affermavano sulla scena politica; ma, una volta realizzatosi appieno lo Stato rappresentativo, la stessa istanza di tutela è espressa da un soggetto diverso, appunto il giudice, e ciò sia per la dimensione sempre più individualizzata della richiesta di diritti, sia perché il giudice dovrebbe essere il soggetto più distante dalla competizione politica. Il legislatore ottocentesco era, per un certo verso, generale perché rappresentativo di una classe politica omogenea, soprattutto sotto il profilo economico e culturale. La successiva

²¹ US Supreme Court, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

²² L'esempio dell'aborto negli Stati Uniti è significativo. Come è noto, US Supreme, *Court Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, No. 19-1392, 597 U.S. (2022), ha negato fondamento costituzionale al diritto della donna di interrompere la gravidanza in assenza di fondamento legislativo federale, su ciò N. Zanon, *La Costituzione "neutrale" di Kavanaugh*, in AIC, 2022; M. D'Amico, *Una discussione "maschile" che lascia sullo sfondo le donne e i loro diritti*, *ivi*, 2022. Ma il punto è che la vicenda sull'aborto esprime sempre una tensione in considerazione della presenza del nascituro che non può essere meramente sconosciuta. Da qui, in termini assai sintetici, il mancato consolidamento del diritto ossia la sua perdurante contestazione nelle polemiche culturali. L'aborto esprime quanto nessun'altra vicenda la netta contrapposizione tra valori assoluti, osservazione spesso ripetuta, ad esempio, L. Tribe, *Abortion: The Clash of Absolutes*, Cambridge (Ma), 1990. E per questo la conciliazione tra posizioni soggettive così opposte risulta assai difficile.

estensione del protagonismo politico in capo a tanti soggetti i quali fanno riferimento a diversi interessi sociali e culturali ha comportato l'esaltazione della capacità decisoria della legge (chi arriva al governo, pretende di innovare nell'interesse dei rispettivi sostenitori) ed al tempo stesso la "diffidenza" nei suoi confronti, appunto perché non più norma generale, ma a tutela di interessi particolari. Da qui la ricerca di altri soggetti/mezzi/atti i quali possano assumere la natura di "generalisti".

Il fatto è che i diritti sono ora sottratti alla disponibilità esclusiva del legislatore, cioè del decisore politico, almeno in misura piena ed incondizionata, per dare spazio ad altri soggetti. 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 riespandersi²³. Su questo profilo, anzi, bisognerebbe insistere: 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. Anticipando osservazioni che saranno fatte in prosieguo, in tante occasioni la normazione interviene dopo che il giudice costituzionale ha tracciato i criteri delle scelte da operare²⁴; in altre vicende

²³ Sul tema D. Messineo, *La garanzia del «contenuto essenziale» dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Milano, 2012. Invero, la considerazione del contenuto essenziale di un diritto costituzionale quale "minimo" che oggi deve in ogni caso assicurarsi, ma che in futuro potrebbe assumere una dinamica estensiva, serve a tentare di non esasperare molti conflitti tra valori tutti dotati di fondamento costituzionale, come nel caso dell'aborto indicato in precedenza.

²⁴ Tipico esempio è la normazione sul servizio pubblico radiotelevisivo dopo la sentenza n. 225/1974, che ha indicato le condizioni alle quali poteva ritenersi giustificato in monopolio statale in materia, e che ha dato impulso alla l. 14 aprile 1975, n. 103. Ormai ciò sembra "preistoria" costituzionale, se non fosse per l'affermazione del pluralismo informativo espressione di quello sociale che in quell'occasione fu tratto dall'art. 21 Cost.

l'equilibrio individuato dalla legge non regge all'esame di costituzionalità²⁵. La realtà è probabilmente che la nozione di norma costituzionalmente obbligatoria funge ormai da sfondo all'argomentazione medesima del giudice costituzionale, e ciò succede sempre: le volte in cui si tratterebbe di far venir meno una disciplina o, al contrario, di introdurla.

In molte vicende, poi, il bilanciamento in concreto dei diritti è realizzato dall'amministrazione e dal giudice. Nella vicenda del fine vita, ad esempio, il seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019 è stato affidato ai comitati etici presso le aziende ed ai giudici comuni²⁶.

3. Una proposta: la razionalizzazione dell'attivismo giudiziario di fronte all'inerzia legislativa

Chi considera la giurisprudenza costituzionale nella sua storia ormai lunga ben conosce che la stessa si muove lungo direttrici varie che alcune volte hanno riguardato la consacrazione di scelte e soluzioni già adottate dal legislatore, altre volte hanno avuto attenzione ai problemi presenti nella società. In molte vicende si è trattato di superare l'inerzia del legislatore nell'affrontare temi che risultano spesso scottanti e divisivi come quelli della bioetica ovvero quelli della repressione penale che solletica la sicurezza collettiva.

Un esempio del primo gruppo di decisioni è dato dalla "vecchia" vicenda del servizio civile alternativo a quello militare e che la Corte costituzionale ha ritenuto fondato addirittura sull'art. 52, primo comma, Cost. cioè sul sacro dovere di

²⁵ È il caso della legge n. 40/2004, le cui scelte qualificanti, come i divieti di fecondazione eterologa e di analisi preimpianto, sono stati ritenute illegittime da Corte costituzionale nelle sentenze nn. 162/2014 e 96/2015.

²⁶ Come è stato il caso della pronuncia Tribunale Fermo, 31 gennaio 2022, che su richiesta di un tetraplegico in condizioni irreversibili ha condannato l'azienda sanitaria ad acquisire il parere del comitato etico, ad accertare le condizioni della persona e la sua capacità di decidere, e di verificare che fossero idonee le modalità prescelte «per garantirgli la morte più rapida, indolore e dignitosa possibile».

difendere la Patria secondo un'interpretazione assolutamente estensiva che nessun originalista potrebbe mai accettare ²⁷.

Nello stesso filone possono farsi rientrare le decisioni sull'ambiente quale valore costituzionale primario, a partire dalle sentenze sul decreto Galasso, d.l. n. 312/1985, conv. in l. n. 431/1985, ed alla ricca giurisprudenza che vi ha fatto seguito ²⁸. Anche in queste occasioni scelte legislative sono state giustificate e per lo stesso motivo esse non sono state più contingenti, nella disponibilità del legislatore concreto, ma sono divenute soluzioni costituzionalmente obbligate.

L'esempio della tutela ambientale quale valore costituzionale primario mostra appieno l'attitudine del giudice ad elaborare principi qualificati da subito costituzionali sulla scorta di basi contenute nella Costituzione formale al tempo dedicate ad altri oggetti e ad altri fini. La tutela dell'ambiente, peraltro assegnata allo Stato, è stata "scoperta", invero, dalla giurisprudenza costituzionale molto prima che la legge costituzionale del 2001 la indicasse quale materia appunto dello Stato: prova che anche la normazione costituzionale può risultare ricognitiva di assetti già presenti nell'ordinamento.

Il precedente dell'ambiente può essere esteso alla considerazione delle generazioni future quale valore costituzionale ²⁹: la recente riforma dell'art. 9 ha introdotto la

²⁷ Il riferimento è a Corte costituzionale n. 164/1985, che ha appunto affermato a carico di tutti i cittadini l'obbligo di difendere la Patria ai sensi dell'art. 52, primo comma, Cost., ma da lì ha tratto un fondamento al medesimo «servizio militare non armato o servizio sostitutivo civile, [che] non si traduce assolutamente in una deroga al dovere di difesa della Patria, ben suscettibile di adempimento attraverso la prestazione di adeguati comportamenti di impegno sociale non armato». Tale fondamento è poi giovato ad escludere la giurisdizione militare sugli obiettori di coscienza che sceglievano il servizio civile, sentenza n. 113/1986, e poi ad equiparare la durata del servizio civile a quello militare, sentenza n. 470/1989.

²⁸ Possono ricordarsi le sentenze nn. 358 e 359/1985 in giudizi insorti su atti esecutivi del d.l. n. 112/1985, nelle quali la tutela del paesaggio è intesa in termini ampi a favore dello Stato e, comunque, si introduce la nozione di valore costituzionale primario, e poi la sentenza n. 641/1987, ove è espressamente affermato che «l'ambiente è protetto come elemento determinativo della qualità della vita. La sua protezione non persegue astratte finalità naturalistiche o estetizzanti, ma esprime l'esigenza di un habitat naturale nel quale l'uomo vive ed agisce e che è necessario alla collettività e, per essa, ai cittadini, secondo valori largamente sentiti; è imposta anzitutto da precetti costituzionali (artt. 9 e 32 Cost.), per cui esso assurge a valore primario ed assoluto».

²⁹ Invero buona parte della giurisprudenza in tema di riequilibrio finanziario degli enti locali ha considerato l'equità intergenerazionale, per non gravare sulle generazioni future, minando le loro possibilità di esistenza e di crescita, sentenze nn. 107/2016, n. 6/2017, n. 18/2019, ove si

«tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni», ma si rimane scettici sulla portata della disposizione.

Potrebbe dirsi che previsioni di tal genere, formulate a distanza di anni dalla loro pratica applicazione anche in sede giurisdizionale, con difficoltà acquistano *tono* costituzionale e smuovano entusiasmi (si direbbe patriottismo costituzionale alla lezione di J. Habermas); rischiano, invece, di assegnare ai testi costituzionale un ruolo tutto sommato contingente, sminuendo la forza delle norme di principio a generare sempre “nuovi” diritti.

A continuare nella riflessione potrebbe dirsi che può guardarsi alla Costituzione come ad una fonte capace di far emergere e risultare regole a carico dei soggetti politici come, appunto, a creare nuovi diritti, di modo che essa conserva il valore di una legge superiore, insuscettibile di essere rivista ad ogni piè sospinto, ma solo di essere interpretata anche per trarne nuovi significati; oppure, al contrario, la Costituzione può essere modificata alla stessa stregua della legge ordinaria, tutte le volte in cui si profila un bisogno di intervenire, ed anche se così si rischia di perdere il senso della norma di grado superiore. Ci si rende conto che il primo modello mutua in fondo criteri propri dell'interpretazione dei testi sacri, immutabili ma solo soggetti all'interpretazione da parte delle generazioni che si succedono; mentre il secondo approccio è estremamente “laico” ed adotta un metodo basato sull'interpretazione letterale e sulla base del principio secondo il quale si è vincolati e/o tutelati solo dalla prescrizione normativa. In realtà, dietro il diverso criterio di considerare la Costituzione ed i suoi sviluppi sta l'attribuzione del ruolo decisivo ad un soggetto ovvero ad un altro, e cioè all'interprete, in particolar modo al giudice, oppure al soggetto politico, legislatore ordinario o costituzionale che sia.

Probabilmente coesistono entrambi gli approcci e sarebbe sbagliato affermare l'esclusività dell'uno o dell'altro.

ritrova la netta affermazione che «*la tendenza a perpetuare il deficit strutturale nel tempo, attraverso uno stillicidio normativo di rinvii, finisce per paralizzare qualsiasi ragionevole progetto di risanamento, in tal modo entrando in collisione sia con il principio di equità intragenerazionale che intergenerazionale*»; ed ancora n. 80/2021.

In via generale potrebbe rilevarsi che l'intervento normativo risulta necessario là dove non sia possibile arrivare ad un risultato ritenuto meritevole di tutela con gli strumenti dell'interpretazione: un esempio è dato dalla modifica dell'art. 51 Cost. ad opera della l.cost. 30 maggio 2003, n. 1, per poter permettere azioni cd positive al fine di combattere le discriminazioni di genere dopo che Corte costituzionale n. 422/1995 aveva escluso che il riequilibrio di genere nel campo della rappresentanza politica potesse assegnare direttamente il bene della vita richiesto, piuttosto che offrire solo *chance* di affermazione.

Il campo più interessante rimane quello dell'elaborazione di nuovi diritti ad opera degli interpreti in sede giurisdizionale.

Un ambito assai significativo è quello che, sulle orme del principio di sovranità popolare dell'art. 1 Cost. declinato in termini individuali, sembra riconoscere il diritto del singolo cittadino a partecipare con effettività ed in libertà alle elezioni politiche ed amministrative e, su questa base, a contribuire all'elaborazione medesima della legislazione elettorale (anche a mezzo dell'azione di mero accertamento avanti il giudice ordinario e quello costituzionale). Probabilmente parlare di diritto al riguardo sarà considerato, eppure non si rinvengono altri termini per indicare un percorso significativo della giurisprudenza della Cassazione³⁰ e della Corte costituzionale nelle note sentenze³¹ sulla legislazione elettorale e sulla libertà di voto le quali hanno valorizzato un profilo di soggettivazione della sovranità che l'art. 1 Cost. attribuisce al popolo e che, però, è esercitata da ogni cittadino. Anche a questo proposito può parlarsi del riconoscimento di un diritto contro il legislatore concreto, spinto a modificare scelte mortificanti la sovranità popolare, secondo dinamiche inimmaginabili solo alcuni anni addietro.

Anzi, a considerare la giurisprudenza costituzionale in tema di equilibrio finanziario degli enti locali a tutela dell'equità intragenerazionale che intergenerazionale il problema è quello di individuare il soggetto legittimato ad

³⁰ Cass., I, 15 maggio 2013, n. 12060, ordinanza.

³¹ Corte costituzionale, nn. 1/2014, 35/2017 ed anche 240/2021.

agire a tutela di tale valore, in base alla nota considerazione che *ius* ed *actio*, diritto soggettivo e legittimazione ad agire in giudizio, si presuppongono e quasi si sovrappongono e si esauriscono l'uno nell'altra. Individuato un valore costituzionale, si pone il problema di riconoscere anche il soggetto che lo possa fare valere. La conseguenza è che al riguardo si dovrebbe ammettersi l'esistenza di una "nuova" azione popolare, analoga a quella esistente in materia elettorale, che legittima ogni cittadino ed ogni contribuente a sollecitare il sindacato giurisdizionale sulle procedure di bilancio, se non altro per il fatto che gli stessi soggetti risentirebbero sulla rispettiva sfera patrimoniale degli esiti di decisioni illegittime. E ciò vale anche a ritenere il cittadino – contribuente quale interprete dei diritti delle generazioni future.

Il profilo è di estremo interesse e può essere indicato a mezzo di una domanda retorica, cioè se a muovere dalla considerazione che la Costituzione indica soprattutto valori possa ammettersi che esistano valori adespoti o, invece, non si debba muovere dall'attribuzione di tali valori ad un soggetto particolare che ne risulti, quindi, titolare e sia legittimato a farli valere anche in sede giurisdizionale. Potrebbe dirsi che la tutela dei valori costituzionali esige il percorso della loro personalizzazione, cioè di riferibilità degli stessi ad uomini e donne. Ciò avrebbe rilievo appunto sotto il fondamentale aspetto giurisdizionale e, per esempio, spingerebbe a dare risalto alla posizione del soggetto privato anche nel processo costituzionale.

Poi si apre il vasto campo dei diritti procedimentalizzati, in particolar modo quelli legati alla bioetica, che si affermano e si realizzano a mezzo di procedure in cui intervengono altri soggetti per soddisfare la pretesa dell'individuo. Così, senza pretesa di completezza, per poter operare l'interruzione della gravidanza la legge n. 194/1978 ha previsto un procedimento che in astratto potrebbe essere ad esito indefinito; la Corte costituzionale nella sentenza n. 242/2019, cd caso Cappato, ha ripreso il modello a proposito del suicidio assistito, insistendo su procedure

medicalizzate. La stessa recente sentenza della Cedu nel caso *Mortier v. Belgio*³² ha ammesso un diritto al porre fine all'esistenza all'interno di una procedura. E tali decisioni sul fine vite sono intervenute, appunto, ad opera di autorità giurisdizionali.

Per questo la consueta invocazione al legislatore perché operi – anzi decida in prima battuta – sul bilanciamento tra diritti risulta alla fine da superare, se non ipocrita atteso che al legislatore è assegnato di muoversi su un binario obbligato segnato da vari precetti tutti indicati dal giudice costituzionale.

Invero, nella giurisprudenza costituzionale italiana il richiamo all'intervento del legislatore è diffuso. Possono ricordarsi, oltre il caso dell'eutanasia³³, le decisioni sul carcere per i giornalisti³⁴, sull'ergastolo ostativo³⁵, sull'omogenitorialità³⁶, tutte accomunate dall'attesa che il legislatore decida e ponga la prima disciplina, salvo a precisare che il giudice costituzionale si riserva di sindacare la disciplina introdotta.

Eppure, in questi anni non si è mica visto il legislatore precipitarsi a dare regolamentazioni a questioni assai delicate e divisive dell'opinione pubblica - *id est*: dell'elettorato – su mandato del giudice costituzionale. Al riguardo possono presentarsi le osservazioni di vario contenuto: se, per un verso, il ceto politico è geloso della propria funzione e addebita ai giudici di invaderne il campo, per altro verso lo stesso ceto delega all'autorità giurisdizionale la decisione su molti temi.

Sotto il profilo istituzionale la tendenza a non decidere del legislatore integra una vera e propria fuga dalla responsabilità politica. Può anche dirsi che il campo dei

³² Cedu, *Mortier v. Belgium*, 4 ottobre 2022, sulla quale v. ora F. Rey Martinez, *La eutanasia en el sistema europeo de Estrasburgo tras la sentencia Mortier y su impacto en el ordenamiento espanol*, in *Tribunal europeo de derechos humanos*, 2023, 567 ss.

³³ Corte costituzionale, n. 207/2018, appunto l'ordinanza che ha pressato sul legislatore perché intervenisse a dare disciplina alla volontà dei malati terminali di porre fine alla loro vita in condizioni dignitose ed all'esito di una procedura medicalizzata.

³⁴ Corte costituzionale, n. 132/2000, ordinanza, poi seguita dalla sentenza n. 150/2021.

³⁵ Corte costituzionale, ordinanze nn. 97/2021 e 122/2022; più di recente n. 227 del 10 novembre 2022, di rinvio al giudice remittente per l'intervento del d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, poi convertito dalla l. 30 dicembre 2022, n. 199.

³⁶ Corte costituzionale, sentenze nn. 32 e 33 del 2021.

diritti – almeno nell’esperienza politica italiana e malgrado tante dichiarazioni sul tema – non è alla fine proprio di un preciso raggruppamento politico.

Il profilo sul quale qui si attira l’attenzione è, comunque, quello della titolarità di un diritto in capo ad un soggetto determinato nel rimballo di responsabilità tra legislatore e giudice costituzionale su chi deve decidere per prima.

Alla Corte costituzionale va certo riconosciuto di dare tempo al legislatore, ma poi di decidere, magari valorizzando un orientamento giurisprudenziale ³⁷ e, comunque, dando indicazioni all’amministrazione ed alla giurisdizione, attesa la perdurante inerzia del legislatore.

Forse, la posizione attendista “in prima battuta” della Corte costituzionale, anche se rispettosa della discrezionalità del legislatore, può essere superata per due ragioni.

Innanzitutto, la vocazione universale dei diritti mostra spesso esiti già raggiunti e di applicazione generalizzata anche nel nostro ordinamento. Risulta impossibile porre barriere all’ingresso di un nuovo diritto elaborato in ambito comparato o sovranazionale invocando la specificità italiana. Anzi, è un grave problema per le autorità giurisdizionali nazionali non partecipare da subito all’elaborazione-creazione di un nuovo diritto nel confronto delle esperienze di altri Paesi. In un contesto in cui prevale il riconoscimento di un diritto, il suo bilanciamento con altri diritti, insomma l’assetto concreto operato da chi per primo interviene, risulta inconcepibile che il giudice costituzionale italiano debba attendere che il legislatore ponga la sua disciplina, che poi si accerti che essa sia costituzionalmente legittima e sia anche “generalizzabile” nel confronto con gli assetti affermatasi in altri ordinamenti. Il tempo della globalizzazione è anche quello in cui si affermano a livello appunto globalizzato soluzioni convincenti e generalizzabili, anche perché conformate per prime. Molte delle vicende che giungono alla Corte costituzionale italiana hanno già visto l’intervento di altri giudici di varia istanza in altri Paesi

³⁷ Come nel caso della durata dell’interdittiva dai pubblici uffici, Corte costituzionale, n. 232/2021, che ha proposto ai giudici di seguire il percorso argomentativo di Cassazione, VI pen., n. 6614/2021; e sul carcere per i giornalisti, n. 150/2021, dove i giudici sono stati invitati a prestare attenzione alle preoccupazioni della Corte Edu.

ovvero di giudici sovranazionali. In tutte queste sedi si riconoscono e si regolano i diritti in chiave, appunto, universale (o, almeno, valida per i Paesi appartenenti ad una medesima cultura). È importante per questo che la Corte costituzionale partecipi sin da subito all'elaborazione dei modelli che esprimono una forza estensiva non indifferente.

La seconda ragione che dovrebbe spingere il giudice costituzionale ad intervenire da subito senza attendere il legislatore parlamentare è data dal fatto che dietro ogni istanza che giunge a Palazzo della Consulta vi è la posizione personale e concreta di un individuo che reclama il riconoscimento del suo diritto. A tale soggetto non può dirsi mica di dover attendere che il legislatore dia soluzione al suo problema³⁸. È veramente impossibile spiegare ad un individuo che agisce per il riconoscimento di un suo diritto, che egli è sì titolare di un tale diritto, che quest'ultimo ha rango costituzionale, ma che in assenza di normazione egli non lo può esercitare e far valere. Tanto vale negare in simili vicende la sussistenza medesima del diritto fondamentale³⁹. Perché questo è il punto: la logica dei diritti ha una dinamica alla fine alternativa nel senso che o lo si ammette e lo si riconosce, oppure lo si nega. Non può, invece, dirsi che il diritto esiste, ma non può essere soddisfatto. Al

³⁸ Sembrerebbe di risentire Caifa durante il processo a Gesù, con il suo motto che un uomo solo debba morire per la salvezza del popolo, Gv 18,13. Nelle democrazie personaliste proprio l'esito del sacrificio individuale dovrebbe essere escluso. In altri termini, non può dirsi a qualcuno che egli ha in astratto un diritto, ma non lo può esercitare né vederselo tutelare perché manca la disciplina ad opera di un legislatore distratto e disattento.

³⁹ È questo, alla fine, il limite della sentenza n. 240/2021, in cui la Corte ha riconosciuto che l'assetto delle città metropolitane configurato dalla l. n. 56/2014 non risponde ai principi costituzionali, perché con l'individuazione del sindaco metropolitano nella persona del sindaco del comune capoluogo spezza il rapporto rappresentanza/responsabilità e, poi, perché l'art. 114 Cost. esige che siano presenti province e città metropolitane senza assimilazione a tutto tondo di alcune delle prime con le seconde. Insomma, la decisione ha riconosciuto la violazione di principi costituzionali, ma ha alla fine "rimandato a mani vuote" il cittadino elettore che aveva sollevato la questione di costituzionalità della l. n. 56/2014 sotto il primo profilo. Gli è stata riconosciuta la legittimazione ad esercitare un'azione di accertamento in materia elettorale, ma a siffatta legittimazione processuale (potrebbe dirsi all'*actio*) non è stata data consistenza di diritto soggettivo (*ius*). Corte costituzionale n. 136/2023 ha confermato, purtroppo, tale esito imponendo per l'intanto l'applicazione della l. n. 56/2014, malgrado l'identificazione tra sindaco del comune capoluogo e sindaco metropolitano fosse stata ritenuta incostituzionale e non si fosse «ad oggi concretato l'intervento legislativo urgentemente sollecitato nella pronuncia appena richiamata [240/2021], affinché il funzionamento dell'ente metropolitano si svolga in conformità ai canoni costituzionali dell'eguaglianza del voto e della responsabilità politica».

contrario, è da riprendere la lotta per il diritto e per il diritto soggettivo secondo la perdurante lezione di von Jhering. La tutela del singolo diritto in capo al singolo individuo richiede di intervenire con prontezza nel circuito legge - decisione giudiziaria - provvedimento amministrativo e di assicurarne in ogni caso soddisfazione. Al giudice costituzionale va richiesto di adoperare, appunto, la dinamica indicata e quindi di affermare (anche sulla base del confronto con la giurisdizione comune e con quelle sovranazionali) se ci si trova davanti o no ad un diritto costituzionale: si è nel pieno della funzione del giudice costituzionale, anche se ci si rende conto che – come già anticipato - ciò comporta la valorizzazione della presenza del soggetto privato nel processo costituzionale ed un'assimilazione del giudice di tipo kelseniano che opera sulle norme al diverso modello di una corte suprema. Ma di fronte ad un diritto definito costituzionale non si può rimandarne la tutela.

A questo punto, comunque, riguardo il fatto che un valore costituzionale esige tutela immediata, non appare peregrino un diverso approccio nel quale, allorquando manca una qualsiasi disciplina legislativa, dovrebbe essere il giudice costituzionale a stabilire per primo l'assetto degli interessi (ovvero il possibile procedimento per assicurare la tutela del diritto); e sia lasciato al legislatore di integrare e modificare la regolamentazione introdotta. In un certo senso sarebbe come adottare da subito la sentenza che riconosce il diritto e stabilire il procedimento per farlo valere, porre in essere la disciplina di carattere organizzativo o procedurale, senza attendere che il legislatore decida: per fare un esempio, sarebbe come scrivere da subito la sentenza n. 242/2019 senza passare attraverso l'ordinanza n. 107/2018, con il suo invito all'intervento del legislatore (parlamentare o, spesso, governativo che sia). Allorquando quest'ultimo agirà, troverà nella regolamentazione stabilita dal giudice costituzionale un nucleo duro rappresentato dal contenuto essenziale del diritto costituzionale, e quindi immodificabile, ma anche una disciplina "disponibile" e "cedevole" che potrà integrare e modificare anche in più fasi temporali.

Nei rapporti tra lo Stato e le regioni, il principio di cedevolezza della disciplina a favore appunto della fonte competente è stato affermato nella vecchia sentenza 214 del 1985 e tale criterio riguarda tutt'ora le relazioni tra la legge statale e quelle regionali. Insomma, la cedevolezza dell'assetto conformato dal giudice costituzionale a fronte della successiva regolamentazione ad opera del legislatore può essere applicata da subito, senza svolgersi in tempi indefiniti all'insegna dell'attesa. In definitiva, ciò è richiesto dalla natura costituzionalmente obbligatoria della disciplina – da chiunque posta – a tutela di un diritto.

4. La responsabilità civile dello Stato per atti legislativi incostituzionali

L'ultima notazione evoca un problema che inizia ad affacciarsi nelle aule giudiziarie. Se i diritti sorgono ad opera di proclamazioni costituzionali aperte e per l'intervento dei giudici, si conferma che gli stessi sono spesso contro il legislatore che adotta decisioni ovvero, al contrario, rimane inerte. In queste ipotesi si profila la responsabilità civile del legislatore nei confronti del soggetto che subisce per questo un danno ⁴⁰. La responsabilità civile svolge tante funzioni, tra le quali quella di ripristinare situazioni giuridiche lese, ma anche quella di prevenire l'insorgenza medesima di illeciti. Ora, il legislatore che adotta soluzioni costituzionalmente illegittime, ovvero con inerzia dà luogo a situazioni in fatto sempre in violazione di precetti costituzionali, integra un vero e proprio illecito. Il principio di solidarietà che è spesso posto a fondamento della responsabilità civile ⁴¹ esige a questo punto di risarcire la vittima incolpevole di tale illecito, cioè il soggetto privato ovvero il gruppo sociale che ha sofferto la lesione del proprio diritto per una disciplina incostituzionale ovvero per la sua completa assenza. La giurisprudenza esclude ancora tale esito, perché si afferma che, «a fronte della libertà della funzione politica legislativa (artt. 68, comma 1, 122, comma 4, Cost.), non è ravvisabile un'ingiustizia che possa qualificare il danno allegato in termini di

⁴⁰ Sul tema, già da tempo, R. Bifulco, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova, 1999.

⁴¹ Sulle orme di S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964. Per un'osservazione critica su tale tesi, che pure è a fondamento di molta giurisprudenza sul tema, A. Cariola, *La responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi*, in www.giustizia-amministrativa.it.

illecito, e arrivare a fondare il diritto al suo risarcimento»⁴². L'assurdo è che si (deve) ammettere la responsabilità dello Stato legislatore per la violazione del diritto europeo, quale derivante dal mancato recepimento delle direttive oppure per la mancata sollevazione delle questioni di pregiudizialità⁴³, ma in maniera alla fine meramente assertiva si conclude che tali ipotesi sono solo eccezioni ad un regime di irresponsabilità dello Stato.

Invero, gli argomenti utilizzati dalla giurisprudenza citata possono essere rovesciati.

A fondamento dell'irresponsabilità civile del legislatore non possono esserci gli artt. 68, primo comma, e 112, terzo comma, Cost., i quali riguardano solo la situazione giuridica dei parlamentari e dei consiglieri regionali e, semmai, sono stati resi necessari nell'impianto costituzionale dalla presenza dell'art. 28 che estende allo Stato ed agli enti pubblici la responsabilità civile addebitata ai rispettivi funzionari. Certo, la lettura tradizionale basata sulla storia delle immunità parlamentari porta a privilegiarne la *ratio* volta ad assicurare la libertà qualificata del parlamentare (cui ora si accosta quella del consigliere regionale); ma, se ci si lascia alle spalle la considerazione storica e, comunque, assieme alla stessa non può non concludersi che, se non ci fossero gli artt. 68 e 122, la norma principio di riferimento sarebbe appunto quella dell'art. 28, cioè l'affermazione della responsabilità dei parlamentari e, di conseguenza, quella dello Stato. Si vuol dire, in altri termini, che non può trarsi da disposizioni di carattere eccezionale quali quelle degli artt. 68 e 122 la norma di principio e/o di sistema.

⁴² Così Cass., III, 22 novembre 2016, n. 23730; *adde* Cass., lav., 24 dicembre 2019, n. 34465; Cons. Stato, 15 giugno 2021, n. 4642; Cons. giustizia amministrativa 21 luglio 2022, n. 851. Dalla prima decisione, riportata nelle altre, sono tratte le citazioni riportate nel testo e gli argomenti che si oppongono al riconoscimento della responsabilità dello Stato legislatore.

⁴³ L'ovvio riferimento è alla giurisprudenza eurounitaria sulla responsabilità dello Stato per il fatto degli organi giurisdizionali che omettono di investire la Corte di giustizia delle questioni di pregiudizialità e per questo possono produrre danni ai soggetti che dall'applicazione del diritto eurounitario trarrebbero vantaggi: cfr. CGCE, *Kobler c. Austria*, C-224/01; *Traghetti del Mediterraneo c. Repubblica Italiana*, C-173-03; *Lucchini*, C-119/05; *Commissione c. Repubblica Italiana*, C-379/10. È noto che la vicenda *Traghetti del Mediterraneo*, più volte andata in CGUE, è stata da ultimo decisa da Cass., III, 16 ottobre 2020, n. 22631.

Può ricordarsi che, al contrario, l'art. 77 Cost. afferma la responsabilità dei ministri per l'adozione di un decreto-legge non convertito, quasi a ricalcare la vecchia natura della legge di conversione quale *bill of immunity*, ma al tempo stesso lasciando impregiudicata la questione sulla responsabilità dello Stato per un decreto legge (convertito o no), costituzionalmente illegittimo ed idoneo a produrre danni a terzi. Insomma, la stessa Costituzione si è mostrata sensibile ad individuare nella responsabilità (anche) civile uno strumento di tutela dei diritti individuali se l'ha presupposta e considerata già in due norme (28 e 77), dedicate sì ad altri argomenti, ma espressioni a loro volta di un principio generale, e cioè che la lesione dei diritti importa l'obbligo del loro risarcimento.

Invero, la responsabilità civile dello Stato per l'esercizio delle sue attività si fonda sul principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 Cost.⁴⁴ e l'art. 28 la pone quale strumento di tutela dei diritti costituzionali. Secondo la prospettiva costituzionale, se è da riconoscere in capo al legislatore la competenza a disciplinare classi e/o categorie di azioni e quindi anche la possibilità di diversificare istituti e "misure" delle responsabilità, ciò che non può ammettersi è che lo Stato-istituzione possa dettarsi la disciplina della sua responsabilità, derogando ad un regime che è tendenzialmente comune per tutti i soggetti dell'ordinamento. Insomma, a dover essere giustificate (non è l'esposizione a responsabilità civile dello Stato, ma) sono semmai le limitazioni e le eccezioni, le deroghe e le particolari "misure" delle fattispecie di responsabilità riferibili alle sole articolazioni pubbliche⁴⁵.

⁴⁴ Al riguardo, con la prospettazione delle diverse tesi, A. Cariola, *La nozione costituzionale di pubblico impiego*, Milano, 1991, 209 ss.

⁴⁵ Un'affermazione importantissima da questo punto di vista è la sentenza della Corte costituzionale n. 205/2022, che ha affermato con nettezza che le vicende di responsabilità per l'esercizio di attività giurisdizionale ex l. n. 117/1988 sono pur sempre relative ad ipotesi di responsabilità dello Stato per l'attività (propria ed esclusiva) posta in essere, ed ha distinto tra il rapporto processuale che intercorre tra cittadino e Stato e quello che passa tra lo stesso Stato ed il magistrato. La sentenza, infatti, ha riconosciuto la responsabilità dello Stato per la lesione del danno non patrimoniale e con efficacia retroattiva, sulla base delle dinamiche aquiliane di diritto, per così dire, comune, e malgrado la legge n. 117 non lo prevedesse affatto. Ma a questo punto sorge il dubbio che per l'esercizio dell'attività giurisdizionale lo Stato risponda ai sensi dell'art. 2043 cc e, quindi, ad esempio, anche per lo scorretto uso del potere interpretativo escluso, invece dall'art. 2 della l. n. 117, e che quest'ultima riguardi solo le fattispecie di responsabilità (civile) dei giudici, cioè le sole ipotesi in cui è possibile esercitare l'azione di rivalsa dell'art. 7.

E qui si perviene al nocciolo del problema. 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*. Allora, se un diritto riconosciuto in Costituzione ovvero sulla sua base è violato, insorge l'obbligo dell'ordinamento di ripristinare la sfera giuridica incisa e tra i vari strumenti vi è anche quello – di carattere assolutamente generale – di riparazione dei danni, affinché non si verifichi che un soggetto veda lesa la sua dignità – *id est* la sua dignità – e ciò nonostante subisca la diminuzione patrimoniale conseguente all'illecito. Lo strumento del risarcimento del danno è, forse, uno strumento grossolano, ma potrebbe dirsi che è di diritto comune ed assolutamente generalizzabile, tanto è vero che è usato nel sistema della Cedu (sia pure nel diverso istituto dell'equa soddisfazione ex art. 41 Convenzione) e, soprattutto, in quello eurounitario.

In realtà, proprio la presenza dell'art. 41 Cedu dovrebbe spingere a riconoscere che un diritto al risarcimento del danno per l'attività legislativa incostituzionale esiste anche nell'ordinamento interno e non solo quando siffatta attività riveste anche i caratteri dell'illecito convenzionale o sovranazionale. Lo esigono, da un lato, appunto la tradizione costituzionale comune ed il fatto che non più la legge, ma la Costituzione è la fonte dei diritti. Per altro verso il criterio di sussidiarietà ex art. 35 Cedu (cioè, l'esaurimento delle vie di ricorso interne) non va inteso solo come condizione di accesso alla Corte al fine di evitare la proliferazione di istanze avanti la stessa, ma ancor prima come obbligo degli Stati di prevenire la violazione della Convenzione e, quindi, la presentazione di ricorsi alla Corte di Strasburgo.

La giurisprudenza che nega, del resto, la responsabilità dello Stato per l'attività legislativa incostituzionale dimentica il consistente filone giurisprudenziale sugli indennizzi in caso di vaccinazioni ⁴⁶. In nome del principio di solidarietà la Corte

⁴⁶ In realtà, e molto tempo prima delle più recenti decisioni sul Covid, la giurisprudenza sul danno da vaccinazioni e sull'obbligo di indennizzarlo in nome della solidarietà è stata da subito consistente: cfr. Corte costituzionale, sentenze nn. 307/1990, 132/1992, 258/1994, 118/1996, 27/1998, 226/2000, 443/2000, 342/2006, 107/2012, 268/2017 e 118/2000, ed ancora di recente

costituzionale ha affermato l'obbligo dello Stato di indennizzare in qualche modo le vittime della vaccinazione imposta o comunque promossa dalla legge, mostrando che anche l'attività legislativa può produrre danni ai privati e che nemmeno lo Stato può tirarsi fuori da responsabilità. Che se, poi, l'indennizzo deve integrare un serio ristoro si è, alla fine, nel contesto della riparazione dei danni, sia pure con criteri equitativi, secondo dinamiche affini al risarcimento.

Il che dimostra che la posizione, la quale esclude la responsabilità dello Stato per l'attività legislativa (dimostratasi) incostituzionale non ha fondamento diverso dal mero statalismo e dal rifiuto di riconoscere che la Costituzione – intesa oltretutto come norma aperta agli sviluppi extrastatali ed alla cultura del tempo – ha sostituito la legge nel ruolo di fondamento e strumento di tutela dei diritti.

35/2023 e 129/2023, tutte fondate sull'argomento «che ha fatto discendere dagli artt. 2, 3 e 32 Cost. l'obbligo per lo Stato di accollarsi l'onere del pregiudizio individuale sofferto da chi si sia sottoposto a determinate vaccinazioni raccomandate, risultando di contro ingiusto che siano i singoli danneggiati a sopportare il costo del beneficio collettivo cui hanno contribuito».

Vicende salienti della forma di governo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e della tutela dei diritti fondamentali

di

Antonio Ruggeri*

Sommario: 1. Dinamiche della forma di governo ed effettiva forza normativa della Costituzione (prime notazioni). – 2. La più marcata torsione della forma di governo: la viepiù vistosa, tendenziale confusione dei ruoli istituzionali, al piano dei rapporti tra gli organi della direzione politica *inter se* come pure a quello dei rapporti di questi ultimi con gli organi di garanzia. – 3. Le più salienti vicende della forma di governo riguardate dal punto di vista dei loro riflessi sulla tutela dei diritti fondamentali, specie per effetto del “dialogo” tra le Corti. – 4. Il modello costituzionale, le sue alterazioni conseguenti alla tendenza ad un accentuato “riaccentramento” nell’esercizio delle pubbliche funzioni, le aporie di ordine ricostruttivo al riguardo palesate dalla giurisprudenza costituzionale. – 5. Cambiare la forma di governo ovvero riformare *ab ovo* i partiti (e il sistema dagli stessi composto), in vista di un più adeguato appagamento dei diritti fondamentali?

1. Dinamiche della forma di governo ed effettiva forza normativa della Costituzione (prime notazioni)

Tornare a ripensare ad alcuni dei più salienti sviluppi della forma di governo¹ dal punto di vista della teoria della Costituzione o, se si preferisce, a quest’ultima alla

*Professore Emerito di Diritto costituzionale – Università di Messina.

¹ ... a riguardo dei quali l’attenzione non è mai venuta meno, non però dalla prospettiva qui consigliata [*ex plurimis*, v. S. CECCANTI, *La forma di governo parlamentare in trasformazione*, Il Mulino, Bologna 1997, e, più di recente, A. SPADARO, *L’evoluzione della forma di governo italiana: dal parlamentarismo rigido e razionalizzato al parlamentarismo flessibile, con supplenza presidenziale*, in *Forum di Quad. cost.* (www.forumcostituzionale.it), 9/2018, 17 settembre 2018, e, dello stesso, *Sui caratteri del parlamentarismo “all’italiana”: o doppia fiducia o doppia maggioranza*, in AA.VV., *Scritti in onore di Roberto Bin*, Giappichelli, Torino 2019, 348 ss., e, ora, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2/2023, 12 aprile 2023, 103 ss.; v., inoltre, utilmente. S. STAIANO, *La forma di*

luce di quelli dà modo, a mia opinione, di pervenire ad esiti ricostruttivi di particolare interesse, anche in vista di ulteriori verifiche ed approfondimenti che potranno, dalla prospettiva ora adottata, in altri luoghi aversi.

Muovo da un dato che considero acquisito, offrendosi di tutta evidenza a chi fa luogo alla osservazione delle più rilevanti e recenti dinamiche riguardanti le relazioni istituzionali caratterizzanti la forma suddetta; ed è che tra le stesse e il contesto in cui esse s'inscrivono e svolgono si dà un flusso ininterrotto di suggestioni e sollecitazioni di vario segno. È, per vero, assai arduo stabilire quale sia il verso maggiormente battuto, a motivo della complessità del quadro e delle combinazioni continuamente cangianti che si hanno tra gli elementi di cui esso si compone, ma non può appunto negarsi il fatto in sé.

Si prenda subito in esame (e con riserva di ulteriori approfondimenti a breve), il rapporto che s'intrattiene tra il processo d'integrazione sovranazionale e le dinamiche della forma di governo.

Ebbene, l'uno può lasciare (ed effettivamente lascia) un segno sulle altre, orientandone gli svolgimenti in un verso piuttosto che in un altro; è, però, tuttavia ormai provato che anche queste ultime incidono su quello, seppur in una misura non puntualmente determinabile e, comunque, soggetta a continuo mutamento.

Così, l'involutione autoritaria registratasi in Polonia ed Ungheria, a riguardo delle quali appare essere calzante l'etichetta di "democrature" coniata da una sensibile

governo nella Costituzione come norma e come processo, in AA.VV., *Il governo in Italia. Profili costituzionali e dinamiche politiche*, a cura di F. Musella, Il Mulino, Bologna 2019, 29 ss. e, dello stesso, ora, *Democrazia dei partiti e forma di governo*, in *Quad. cost.*, 2/2023, 293 ss.; A. D'ANDREA, in più scritti, tra i quali *Il Parlamento e il Governo: le ragioni del rispettivo disallineamento costituzionale (sempre reversibile)*, in *Dir. cost.*, 4/2022, 9 ss., spec. 15 ss.; L. DELL'ATTI, *Continuità e ambiguità della forma di governo lungo la storia costituzionale italiana: appunti brevi sull'ipotesi presidenzialista*, in *Forum di Quad. cost.* (www.forumcostituzionale.it), 1/2023, 16 marzo 2023, 251 ss., e, dello stesso, già, *La premiership come mito. Suggestioni sulle evoluzioni della forma di governo italiana lungo i tentativi di un suo rafforzamento monocratico*, in *Nomos* (www.nomos-leattualitaneldiritto.it), 1/2022, 1 ss., nonché i contributi su *Gli squilibri della forma di governo a costituzione vigente* che sono in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it), 1/2023. Sugli ultimi sviluppi, v., poi, AA.VV., *La traiettoria del sistema parlamentare italiano Il passaggio dalla XVIII alla XIX legislatura: dal governo c.d. istituzionale di Draghi al Governo Meloni*, a cura di A. D'Andrea, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), fasc. spec. 1/2023, aprile 2023. Infine, in prospettiva storica, v. G. GIANNOTTI, *La forma di governo del regime statutario liberale tra evoluzione parlamentare ed involuzione pseudo-parlamentare*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2022, 24 ottobre 2022, 15 ss. Altri richiami *infra*, spec. all'ult. §.

dottrina², non è rimasta e seguita a non rimanere indifferente per ciò che attiene al complessivo andamento del processo d'integrazione. Similmente, l'affermazione in

² *Ex plurimis*, v. M.A. ORLANDI, *La "democrazia illiberale". Ungheria e Polonia a confronto*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2019, 175 ss.; A. D'ATENA, *Democrazia illiberale e democrazia diretta nell'era digitale*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2/2019, 18 giugno 2019, 583 ss.; AA.VV., *Crisi dello Stato costituzionale e involuzione dei processi democratici*, a cura di C. Panzera - A. Rauti - C. Salazar - A. Spadaro, Editoriale Scientifica, Napoli 2020; G. D'IGNAZIO, *Le democrazie illiberali in prospettiva comparata: verso una nuova forma di Stato? Alcune considerazioni introduttive*, in *DPCE Online* (www.dpceonline.it), 3/2020, 3563 ss.; nella stessa *Rivista*, A. SPADARO, *Dalla "democrazia costituzionale" alla "democrazia illiberale" (populismo sovranista), fino alla... "democrazia"*, 3875 ss.; G. DELLEDONNE, *Ungheria e Polonia: punte avanzate del dibattito sulle democrazie illiberali all'interno dell'Unione Europea*, 3999 ss.; P. MORI, *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e Ungheria: recenti sviluppi*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 8/2020, 1° aprile 2020, 166 ss.; pure *ivi*, S. GIANELLO, *La nuova legge polacca sul sistema giudiziario: cresce (ulteriormente) la distanza che separa Varsavia e Bruxelles*, 116 ss., e, dello stesso, *La riforma giudiziaria in Polonia: la minaccia allo Stato di diritto oltre i confini nazionali*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2020, 489 ss.; nella stessa *Rivista*, M. CALAMO SPECCHIA, *Un prisma costituzionale, la protezione della Costituzione: dalla democrazia "militante" all'autodifesa costituzionale*, 1/2021, 91 ss.; pure *ivi*, A. GATTI, *Liberal Democracies and Religious Extremism. Rethinking Militant Democracy through the German Constitutional Experience*, 131 ss.; E. CUKANI, *Condizionalità europea e giustizia illiberale: from outside to inside? I casi di Ungheria, Polonia e Turchia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2021; V.Z. KAZAI, *Restoring the Rule of Law in Hungary. An Overview of the Possible Scenarios*, in *Oss. fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 3/2021, 983 ss.; nella stessa *Rivista*, M. COLI, *Sfida al primato del diritto dell'Unione europea o alla giurisprudenza della Corte di giustizia sulla Rule of Law? Riflessioni a margine della sentenza del tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, 1083 ss.; A. FESTA, *Lo Stato di diritto nello spazio europeo. Il ruolo dell'Unione europea e delle altre organizzazioni internazionali*, Editoriale Scientifica, Napoli 2021; A. ANGELI, *Il principio di indipendenza e imparzialità degli organi del potere giudiziario nelle recenti evoluzioni della giurisprudenza europea e polacca*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 4/2021, 10 febbraio 2021, 1 ss.; nella stessa *Rivista*, I. SPADARO, *La crisi dello Stato di diritto in Ungheria, Polonia e Romania ed i possibili rimedi a livello europeo*, 14/2021, 2 giugno 2021, 178 ss.; G. GUERRA, *Tendenze autoritarie nell'Europa (neo)liberale. Governance economica, opposizione politica e populismo*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2021, 521 ss.; R. CALVANO, *Legalità UE e Stato di diritto, una questione per tempi difficili*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2022, 7 dicembre 2022, 166 ss.; A. DI GREGORIO, *La degenerazione delle democrazie contemporanee e il pluralismo semantico dei termini "democrazia" e "costituzionalismo"*, in *Scritti in onore di F. Lanchester, I*, a cura di G. Caravale - S. Ceccanti - L. Frosina - P. Piciacchia - A. Zei. Jovene, Napoli 2022, 489 ss., e, della stessa, *La crisi dello Stato di diritto come occasione di perfezionamento del perimetro costituzionale europeo?*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 1/2022, 121 ss.; G. VOSA, *La tutela dello "Stato di diritto" in Romania: verso un mutamento costituzionale strutturale del diritto dell'Unione?*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 22/2022, 10 agosto 2022, 184 ss.; T. GROPPI, *Dal costituzionalismo globale ai nuovi autoritarismi. Sfide per il diritto comparato*, in *Oss. cost.* (www.osservatorioaic.it), 4/2022, 7 novembre 2022, 65 ss.; AA.VV., *Il costituzionalismo democratico moderno può sopravvivere alla guerra?*, a cura di G. Azzariti, Editoriale Scientifica, Napoli 2022; L. FERRAJOLI, *Il futuro del costituzionalismo*, in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it), 2/2022, 23 settembre 2022, 182 ss. Con specifico riguardo alla Polonia, v., ora, C. CURTI GIALDINO, *La "legge bavaglio" polacca viola l'indipendenza, l'imparzialità e la vita privata dei giudici ed è incompatibile con principi fondamentali del diritto dell'Unione europea*, Editoriale, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 17/2023, 12 luglio 2023, IV ss. Sul sistema costituzionale ungherese, in particolare, v., poi, i contributi che sono in *Evoluzione del sistema*

alcuni Paesi (tra i quali, per ciò che è qui di specifico interesse, il nostro) di Governi dalla vocazione nazionalista ad oltranza e non privi di venature di stampo populista incide di sicuro su tempi e modi dell'integrazione sovranazionale, al punto che la stessa può man mano esibire connotati diversi a seconda della piega assunta da talune vicende politico-istituzionali invalse in alcuni Stati membri dell'Unione³.

elettorale e democrazia pluralista: il caso dell'Ungheria, in *Nomos* (www.nomos-leattualitaneldiritto.it), 3/2022. Sulla situazione in Romania, v. G. VOSA, *La tutela dello "Stato di diritto" in Romania: verso un mutamento costituzionale strutturale del diritto dell'Unione*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 22/2022, 10 agosto 2022, 184 ss. Si discute inoltre *Sul costituzionalismo, oggi*, per iniziativa dell'AIC, *La Lettera* su *Lo Stato di diritto nell'Unione europea*, mentre per una riflessione di ordine generale sul *rule of law* può vedersi A.PIN, *Il rule of law come problema*, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, e, con specifica attenzione alla giurisprudenza eurounitaria, G. PITRUZZELLA, *L'integrazione tramite il valore dello "Stato di diritto"*, Editoriale, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 27/2022, 19 ottobre 2022, IV ss. V., infine, utilmente anche AA.VV., *Rule of law vs. Majoritarian Democracy*, a cura di G. Amato - B. Barbisan - C. Pinelli, Hart, Oxford 2021, e AA.VV., *Rule of law, culture e territori*, a cura di V. Carlino e G. Milani, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), aprile 2023.

³ L'Unione, insomma, non resta sempre uguale a se stessa, così come d'altronde perennemente in moto è l'ordinamento interno, soggetto a varie evoluzioni, e con esso, in primo luogo, la Costituzione che ne è alla base [del "moto" di quest'ultima ha specificamente discusso – come si sa – M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2013, 1° marzo 2013; della "evoluzione" della Costituzione ha trattato 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.*, 3/1998, 343 ss. Altri riferimenti, *infra*].

Ora, si è perlopiù in presenza di mutamenti fatti a piccoli passi e, dunque, facilmente assorbiti dall'ordinamento in cui prendono forma, che pertanto non smarrisce per loro effetto la propria identità costituzionale. Così, in specie, può dirsi con riguardo appunto all'Unione che, malgrado la presenza al proprio interno di Stati oggettivamente poco compatibili con l'impianto strutturale che la connota, ugualmente non sembra essere stata – perlomeno ad oggi – vittima di un salto ordinamentale, di una discontinuità costituzionale insomma [su *Costituzione e identità nella prospettiva europea*, v. i contributi ospitati dalla *Riv. dir. comp.* (www.diritticomparati.it), 1/2023]. Laddove ciò dovesse invece in futuro accadere, è chiaro che si porrebbe in termini impellenti la questione della perdurante appartenenza all'Unione dei Paesi che invece conservino i tratti distintivi delle liberal-democrazie o, diciamo pure, del mantenimento della stessa Unione *ut sic*, dal momento che quest'ultima ha – come si sa – tra i propri principi fondanti proprio quelli caratterizzanti gli ordinamenti d'ispirazione liberal-democratica.

D'altro canto, il recesso dall'Unione è espressamente previsto (art. 50 TUE) e – a quanto pare – costituisce un vero e proprio diritto (ma – direi –, di più ancora, un dovere per uno Stato che abbia a cuore di preservare i connotati propri degli ordinamenti di tradizioni liberali davanti ad una Unione che avesse ormai cambiato volto, assumendo i lineamenti truci propri dei regimi autoritari ed illiberali; e, peraltro, sarebbe di tutta evidenza impossibile opporre ai suoi atti, ad ogni piè sospinto, l'arma dei "controlimiti" al fine di devitalizzarne gli effetti ed impedire loro di spiegarsi in ambito interno. L'arma in parola, infatti, è stata (ed è) pensata per eventi eccezionali, sì da dover essere azionata con somma cautela ed unicamente avverso singoli atti

D'altro canto, a riprova del carattere circolare di siffatte vicende, è altresì da mettere in conto che l'affermazione in parola sia una sorta di effetto di rimbalzo del processo d'integrazione dapprima portatosi – a giudizio di chi ad esso guarda con sospettosa cautela o, diciamo pure, con malcelata sopportazione – troppo in avanti, sì da meritare dunque di essere frenato e *quodammodo* ingabbiato in alcune delle sue più marcate espressioni.

Certo, non si nega che i venti di destra soffino impetuosi anche oltreoceano, come dimostra l'avventurosa elezione di Trump alla presidenza degli Stati Uniti, per non dire di ciò che è avvenuto ed avviene in Paesi dell'America Latina, dove peraltro l'involuzione in senso autoritario dell'assetto ordinamentale, conseguente alla sperimentazione del modello di governo presidenziale, ha radici risalenti e assai dure da estirpare. Sta di fatto che gli sviluppi della forma di governo e, più ancora, della stessa forma di Stato possono avere, così come perlopiù hanno, plurime concause che variamente si combinano a seconda dei luoghi e dei tempi, sotto la spinta di fattori sia esogeni che endogeni, non sempre peraltro reciprocamente distinguibili in modo netto e chiaro.

Tutto ciò posto, ai miei occhi appare di particolare interesse tentare di verificare quanta parte di alcuni inusuali sviluppi della forma di governo, di cui si è avuto di recente riscontro, possa presentarsi idonea ad immettersi tra le maglie larghe (e, in più punti, larghissime) della trama costituzionale e, dunque, essere da questa *quodammodo* metabolizzata e quant'altra, di contro, risulti deviante dal solco costituzionale e persino frontalmente contrastante con le indicazioni offerte dalla Carta, La qual cosa poi – ed è questo il punto qui di specifico interesse – ripropone in termini imperiosi la vessata questione relativa alla *effettiva* forza normativa della legge fondamentale della Repubblica. Una questione antica, questa, come confermano gli annosi e periodicamente ricorrenti dibattiti sulle c.d. "modifiche

scopertamente incompatibili con i valori fondamentali cui dà voce la Carta costituzionale, non già quale mezzo di difesa da mettere in campo in modo permanente. La patologia costituzionale, infatti, è (e dev'essere) per sua natura occasionale; mostrandosi, di contro, come sistematicamente ricorrente porterebbe, prima o poi, fatalmente alla frantumazione dell'ordinamento in cui se ne abbia riscontro, ad una discontinuità costituzionale appunto.

tacite” della Costituzione⁴, la cui osservazione – si faccia caso – non ha, a mia opinione stranamente, lasciato un segno marcato sull’impianto metodico e sui più salienti svolgimenti teorici della ricostruzione dell’ordine delle fonti e, segnatamente, del modo con cui la Costituzione si pone alla sua base.

Trovo, per vero, singolare che si seguiti stancamente a ripetere che nessuna fonte, complessivamente considerata, risulti sovraordinata alla Costituzione⁵ e che, ulteriormente specificando, neppure possa dirsi equiordinata ad alcuni disposti di questa, considerati idonei a resistere a mutamenti costituzionali per via legale⁶. Insomma (e in breve), una rappresentazione, questa, evocativa di una immagine mitica o sacrale della legge fondamentale della Repubblica, provvista di una forza erculee, invincibile, che però non dà il giusto peso all’incidenza al riguardo

⁴ ... a riguardo delle quali, *ex plurimis*, A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, *Ann.*, VIII (2016), 263 ss.; S. BARTOLE, *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e Costituzione vivente*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2019, 23 marzo 2019, 335 ss.; M.P. IADICICCO, *Dinamiche costituzionali. Spunti di riflessione sull’esperienza italiana*, in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it), 3/2019, 20 gennaio 2020, e, della stessa, *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, in *AA.VV.*, *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, a cura di U. Adamo - R. Caridà - A. Lollo - A. Morelli - V. Pupo, Editoriale Scientifica, Napoli 2019, 231 ss.; pure *ivi*, se si vuole, può vedersi il mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant’anni dopo*, 415 ss.; ulteriori indicazioni possono poi aversi dal mio *Rapporti interordinamentali e modifiche tacite apportate dalla Corte costituzionale italiana ai disposti che li riguardano e, a un tempo, al quadro delle sue competenze*, in *Ord. int. e dir. um.* (www.rivistaoidu.net), 5/2020, 15 dicembre 2020, 1031 ss.; *AA.VV.*, *Mutamenti costituzionali*, a cura di A. Mangia - R. Bin, in *Dir. cost.*, 1/2020; Y.M. CITINO, *Dietro al testo della Costituzione. Contributo a uno studio dei materiali fattuali costituzionali nella forma di governo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2021 e, della stessa, *I materiali fattuali costituzionali nella forma di governo italiana tra vecchie e nuove tendenze*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 2/2021, 21 maggio 2021, 40 ss. Con specifico riguardo al procedimento legislativo, v. M. MANETTI, *Le modifiche tacite al disegno costituzionale del procedimento legislativo*, in *Quad. cost.*, 3/2021, 531 ss. Infine, A. MANGIA, *Mutamento costituzionale e dogmatica giuridica*, in *Lo Stato*, 19/2022, 61 ss.; V. BALDINI, *Dinamiche della trasformazione costituzionale*, Cacucci, Bari 2023, e, per ciò che attiene alla dimensione sovranazionale, F. SAVASTANO, *Trasformazioni costituzionali nell’allargamento dell’Unione europea*, Giappichelli, Torino 2023.

⁵ ... comprese le stesse leggi abilitate ad innovarvi, dal momento che, secondo una risalente e raffinata spiegazione teorica, la revisione si porrebbe pur sempre quale il prodotto di una esplicita autolimitazione (o – se più piace dire – di una “delega”) data, una volta per tutte, dal potere costituente (e, dunque, dalla Carta che appunto la consente e disciplina) al massimo potere costituito di normazione. Se ne avrebbe, peraltro, conferma dalla esclusione (ora espressa ed ora implicita) di alcuni disposti della Carta stessa dal raggio d’azione delle leggi in parola.

⁶ Riferimenti ed indicazioni in tema di limiti alla revisione costituzionale possono aversi da *AA.VV.*, *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, cit., 231 ss., nonché, in prospettiva comparata, da M. CALAMO SPECCHIA, *La Costituzione tra potere costituente e mutamenti costituzionali*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2020, 17 febbraio 2020, 266 ss.

esercitata dalla conformazione del linguaggio costituzionale e, perciò, dalla duttilità strutturale degli enunciati per il cui tramite si esprime, in ispecie proprio di quelli che danno voce ai principi fondamentali, vale a dire alle norme più forti di cui la legge stessa risulta dotata⁷. A conti fatti, si dà uno scarto vistoso, una forbice che col tempo si va sempre di più allargando, tra il modello teorico e l'esperienza e, dunque, per ciò che qui più da presso importa, *tra la forza normativa astrattamente posseduta dalla Costituzione e quella che la stessa è effettivamente in grado di esprimere*.

Le manipolazioni per via interpretativa e, in ispecie, in sede applicativa della sostanza normativa racchiusa negli enunciati, praticamente estese all'intera trama costituzionale ma in modo vistoso risultanti proprio dai suoi punti in cui si disegnano i lineamenti della forma di governo, ripropongono, dunque, con urgenza la questione della *effettiva forza normativa* della Carta; e la prospettiva della osservazione delle più salienti movenze della forma in parola appare al riguardo particolarmente istruttiva e promettente ulteriori, interessanti sviluppi teorico-ricostruttivi⁸.

⁷ Dei problemi del linguaggio costituzionale si è, ancora non molto tempo addietro, tornati a discutere, in occasione del convegno AIC svoltosi a Messina e Taormina dal 27 al 29 ottobre 2022, su *Lingua linguaggi diritti*; nella dottrina anteriore, v., almeno, G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 2/1989, 229 ss.; AA.VV., *La lingua dei giuristi*, a cura di P. Caretti e R. Romboli, Pisa University Press, Pisa 2016; B. BARBISAN, *La più bella del mondo? Leggibilità e concretezza della Costituzione italiana*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2/2022, 8 giugno 2022, 142 ss., e, nella stessa *Rivista*, J. VISCONTI, *La lingua della Costituzione tra lessico e testualità*, 3/2022, 29 agosto 2022, 110 ss.

⁸ Come si vedrà a momenti, una speciale attenzione va prestata al ruolo giocato dai giudici e dagli interpreti in genere quali sostanziali produttori di nuove norme costituzionali, in ciò appunto incoraggiati, per un verso, dalle formidabili aperture semantiche degli enunciati (particolarmente, di alcuni) e, per un altro verso, dalle acclamate carenze degli altri operatori istituzionali, in ispecie di quelli che danno forma alla rappresentanza politica. Talune espressioni del ruolo stesso che si dimostrino obiettivamente debordanti rispetto alle aperture suddette mettono sotto *stress* la *summa divisio* tra organi (ed attività) di direzione politica ed organi (ed attività) di garanzia, o – il che è praticamente lo stesso – recano un *vulnus* al principio della separazione dei poteri, determinando pertanto una condizione di grave, seppur non sempre vistosa, sofferenza a carico dell'idea stessa di Costituzione quale mirabilmente enunciata nella formula di sintesi di cui all'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789 [sulla centralità di rilievo e il significato del principio in parola, dopo gli studi magistrali di G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, Giuffrè, Milano I (1979) e II (1984), v., di recente, C. PINELLI, *Separation of powers. Past, present and future*, in *Riv. dir. comp.* (www.diritticomparati.it), 1/2023, 310 ss., e G. D'AMICO - D. TEGA, *La Costituzione italiana e la separazione dei poteri: le scelte dell'Assemblea Costituente tra modelli storici e contesto politico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2023, 89 ss.].

Se le cose stanno così come sono qui viste, è da chiedersi quale pratico senso abbia seguitare a ripetere stancamente, a mo' di *slogan*, l'idea secondo cui si danno principi fondamentali insuscettibili di revisione⁹, laddove poi gli enunciati che li esprimono possono andare (così come sono andati e seguitano senza sosta ad andare) soggetti ad innovazioni ancora più marcate, seppur a volte abilmente mascherate, per via interpretativa. Che ne è, allora, degli equilibri della forma di governo e, più ancora, della stessa forma di Stato, laddove si abbia riscontro di una torsione dei ruoli istituzionali tale da portare gli organi dell'applicazione a fare ciò che agli stessi organi della direzione politica e della produzione giuridica non è dato di fare, neppure ricorrendo agli strumenti sulla carta più efficaci messi a disposizione dall'ordinamento?

2. La più marcata torsione della forma di governo: la viepiù vistosa, tendenziale confusione dei ruoli istituzionali, al piano dei rapporti tra gli organi della direzione politica inter se come pure a quello dei rapporti di questi ultimi con gli organi di garanzia

Senza far qui luogo ad un'analisi puntuale e dettagliata delle non poche espressioni della forma di governo problematicamente conciliabili con il modello per esse delineato nella Carta e persino con esso frontalmente contrastanti, un tratto emerge con particolare nitore sopra ogni altro e tutti *quodammodo* li riassume e rappresenta; ed è dato dalla tendenziale (e, però, viepiù marcata) confusione dei ruoli istituzionali: un fatto, questo, che si pone quale distorsivo della forma di governo e, a un tempo (e più ancora), della stessa forma di Stato, al punto di metterne a rischio la stessa identità complessiva. È pur vero, tuttavia, che il quadro disegnato dal Costituente appare essere in più punti appannato ed incerto, ora per deliberato

⁹ In realtà, come si è tentato di argomentare altrove, gli enunciati espressivi di principi fondamentali sono essi pure passibili di innovazioni a mezzo delle procedure di cui all'art. 138, così come peraltro si è già avuto con l'art. 9, sempre che però si abbiano a finalità espansiva [ragguagli possono, volendo, aversi dal mio *I principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale tra interpretazioni storicamente orientate e revisioni a finalità espansiva*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2022, 12 maggio 2022, 473 ss.].

proposito, essendosi fatta in sede di stesura della Carta la scelta di rimettere all'esperienza la compiuta definizione dei ruoli in ragione delle più rilevanti e radicate tendenze man mano manifestatesi, ed ora però per effetto di lacune o, diciamo pure, di strappi esibiti dal tessuto costituzionale, cui non si è in seguito posto rimedio con le forme dovute¹⁰. Ciò nondimeno, i lineamenti di fondo del quadro risaltano con sufficiente chiarezza, specie – per ciò che qui più da presso importa – in ordine alla tipizzazione dei ruoli dei massimi protagonisti della vita istituzionale.

Il fenomeno si coglie nella sua essenza al piano dei rapporti che gli organi della direzione politica intrattengono *inter se*, come pure a quello dei rapporti tra questi ultimi e gli organi di garanzia (in ispecie, i giudici).

Se ne può avere un'idea, seppur approssimativa e parziale e tuttavia ugualmente attendibile, già solo ad osservare alcune delle più salienti vicende della normazione. Si tratta, peraltro, di cose assai note, delle quali pertanto non occorre far qui luogo ad una puntuale disamina. Basti solo pensare a ciò che ha fatto (e fa) il Governo quale autentico motore della produzione giuridica di grado primario; e, mentre la Carta aveva ritagliato per lo stesso un ruolo meramente occasionale e, tutto sommato, marginale¹¹, lo stesso è invece emerso – come si sa – in modo prepotente, sì da scalzare le assemblee parlamentari dal posto di centrale rilievo ad esse riservato. Non importa qui dire dei fattori che hanno concorso a quest'esito: dalle plurime e viepiù ingravescenti emergenze alla mole crescente delle domande sociali, agli obblighi discendenti dalla Comunità internazionale e dalle Comunità

¹⁰ Delle lacune in parola si è discusso nei miei *Lacune costituzionali*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2/2016, 18 aprile 2016, e *Il "non normato" costituzionale e le sue specie*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 3/2022, 10 ottobre 2022, 37 ss.

¹¹ Eccezionale avrebbe, infatti, dovuto rivelarsi l'adozione della decretazione d'urgenza, nel mentre le stesse deleghe legislative erano state in buona sostanza pensate per circostanze parimenti fuori dall'ordinario, come la redazione di un codice o di un testo unico, *et similia*.

europee prima e, quindi, dall'Unione¹², alla crisi particolarmente vistosa della rappresentanza politica¹³, e via dicendo.

Come insegna la teoria dei vasi comunicanti, laddove un contenitore si svuota o se ne riducono i contenuti, questi ultimi si riversano in un altro al primo contiguo. L'abnorme dilatazione del ruolo degli organi di garanzia, fattasi col tempo sempre più vistosa a motivo delle sollecitazioni ricevute dalle domande sociali per l'assunzione di compiti d'innaturale "supplenza" nei riguardi dei decisori politici, ha proprio nelle esperienze sopra succintamente evocate la sua principale ragione d'essere ed emblematica rappresentazione.

Il punto è che v'è una soglia di tolleranza entro la quale, ancora una volta, il fenomeno può essere assorbito e *quodammodo* metabolizzato dal sistema in cui s'innesta e svolge, ed oltre la quale, di contro, si fa per vero incombente il rischio della cesura costituzionale e della discontinuità ordinamentale. È bene infatti non perdere di vista, neppure per un momento, la circostanza per cui i fatti costituenti non sempre e di necessità prendono forma *ex abrupto*, a mezzo di comportamenti

¹² Ancora una testimonianza – come si vede – di quelle mutue implicazioni, cui si faceva poc'anzi cenno, che si danno tra il processo d'integrazione sovranazionale e le vicende della forma di governo.

¹³ ... la cui più saliente espressione è data, a mio modo di vedere, dal degrado culturale – come lo si è altrove chiamato [nel mio *Le revisioni costituzionali e il nodo (non scioglibile?) del degrado culturale della rappresentanza politica (prime notazioni)*, in *Ord. int. e dir. um.* (www.rivistaoidu.net), 2/2023, 15 maggio 2023, 216 ss.] – che ne ha segnato (e ne segna) le movenze e che appare essere connotato identificante, pur nell'alternanza di Governi e maggioranze: a conferma del fatto che si tratta di una irrisolta ed inquietante questione strutturale, su cui peraltro si tornerà sul finire di questo studio.

Sulla crisi della rappresentanza, a riguardo della quale è venuta – come si sa – col tempo a formarsi una messe copiosa di scritti di vario segno ed orientamento, riferimenti ed indicazioni possono aversi, oltre che dal mio scritto da ultimo cit. e, già, dal 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* (www.giurcost.org), 1/2021, 25 gennaio 2021, 124 ss., da N. URBINATI, *Democrazia rappresentativa. Sovranità e controllo dei poteri*, Donzelli, Roma 2010, e, della stessa, *Democrazia in diretta. Le nuove sfide alla rappresentanza*, Feltrinelli, Milano 2013; AA.VV., *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale. Sovranità Rappresentanza Territorio*, Jovene, Napoli 2017; G. MOSCHELLA, *Crisi della rappresentanza politica e deriva populista*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2019, 20 maggio 2019, 249 ss., e, nella stessa *Rivista*, P. LOGROSCINO, *Complessità del governare, qualità dei politici e ruolo dei partiti. Note in tempo di pandemia*, 2/2021, 3 maggio 2021, 406 ss.; M.G. RODOMONTE, *Il Parlamento oggi: dalla centralità alla marginalizzazione?*, in *Nomos* (www.nomos-leattualitaneldiritto.it), 3/2021, 1 ss.; I. CIOLLI, *La rappresentanza politica. Recenti trasformazioni di una categoria ineludibile*, in *Lo Stato*, 18/2022, 129 ss., e, con specifica attenzione alle minoranze linguistiche, AA.VV., *La rappresentanza delle minoranze linguistiche*, a cura di R. Toniatti, Università di Trento, Trento 2023.

vistosi ed eclatanti (i carri armati nelle piazze, ecc.); possono altresì aversi per effetto di un lento processo, in seno al quale riesce assai problematico individuare qual è l'evento scatenante che porta al salto ordinamentale, la classica goccia insomma che fa traboccare il vaso. Sono, ad es., convinto che l'Unione europea sia protagonista di uno di questi processi¹⁴, il cui senso complessivo può essere colto ed apprezzato nella sua essenza unicamente *ex post*, come sempre d'altronde si ha per i fatti che lasciano un segno nella storia dell'umanità, non già *durante* o, peggio, *ex ante*.

Ora, chiarisco subito a scanso di ogni possibile equivoco che non intendo qui affermare che i garanti che si facciano decisori politici, a volte anzi i massimi decisori politici¹⁵, siano per ciò stesso gli artefici consapevoli di un fatto costituente. E, tuttavia, certe esperienze, di cui si ha viepiù diffuso riscontro, un qualche problema lo pongono: sollevano, in ispecie, l'interrogativo a riguardo di quali potranno essere i prossimi sviluppi di questo *trend* e quale, dunque, la meta finale (ammesso, ma non concesso, che ve ne sia una...) che potrà delinearsi una volta pervenuto lo stesso a compiuta maturazione.

Si pensi, per fare adesso solo un esempio tra i più indicativi di quanto si viene dicendo, al sostanziale accantonamento del limite della discrezionalità del legislatore che, ancora fino a poco tempo addietro, la Consulta aveva riconosciuto valevole per le sue pronunzie "normative"¹⁶.

Non se ne può – com'è chiaro – qui dire con la dovuta estensione, facendo dunque richiamo delle non poche questioni che ruotano attorno al limite in parola, a partire da quella di fondo, di carattere definitorio, riguardante cioè l'essenza stessa della "discrezionalità" in parola. Sta di fatto, però, che l'abbandono delle famose "rime obbligate" di crisafulliana memoria, rimpiazzate dalle "rime possibili" o – come

¹⁴ ... secondo quanto si è tentato di mostrare nel mio *Una Costituzione ed un diritto costituzionale per l'Europa unita*, in P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*⁶, Giappichelli, Torino 2022, cap. I.

¹⁵ ... come laddove riscrivano per via interpretativa gli stessi principi fondamentali dell'ordinamento, secondo quanto si è avuto modo di accennare poc'anzi.

¹⁶ ... per riprendere una fortunata etichetta di un'accreditata dottrina (G. SILVESTRI, *Le sentenze normative delle Corti costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1981, 1684 ss.).

pure è stato efficacemente detto – dai “versi sciolti”¹⁷, ha segnato (e segna) un momento di svolta istituzionale gravido di implicazioni, al piano della forma di governo come pure della stessa forma di Stato. Ormai, insomma, la fungibilità dei ruoli parrebbe non conoscere più confini o limiti di sorta¹⁸; e, se le cose stanno così, la loro compiuta percezione si coglie – come si viene dicendo – *al piano della teoria della Costituzione (e della sua forza)*: è quest’ultima, infatti, che in ultima (o, meglio, prima...) istanza ne patisce un *vulnus* assai grave, risultando fortemente contratta e, a conti fatti, vistosamente carente la capacità prescrittiva della Carta.

Non è un caso, infatti, che il primo dei valori a trovarsi esposto in occasione di siffatte vicende è proprio quello di apertura del libro costituzionale, con il quale si riassume e qualifica l’essenza della Repubblica che è (e resta) “democratica”, nella sua propria accezione¹⁹, se ed in quanto i decisori politici esercitino²⁰ i *munera* che

¹⁷ Quest’ultima etichetta è stata coniata – come si sa – da D. TEGA, che ne ha ripetutamente discusso [ad es., in *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 creatività eccessiva a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in *Sist. pen.* (www.sistemapenale.it), 2/2021, 5 ss.]; delle “rime possibili” e, in genere, del superamento delle rime obbligate hanno poi, tra gli altri, discusso 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* (www.federalismi.it), 12/2021, 5 maggio 2021, spec. 197 ss.; F. ABRUSCIA, *Assetti istituzionali e deroghe processuali*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2020, 23 ottobre 2020, 282 ss., spec. 293; I. GOIA, *Una giustificabile “invasione” di campo*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2021, 9 dicembre 2021, 1001 ss.; A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, cit. In tema, possono, inoltre, vedersi, se si vuole, anche i miei *Dove va la giustizia costituzionale in Italia?*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 1/2021, 16 aprile 2021, 456 ss., e, nella stessa *Rivista*, *Verso un assetto viepiù “sregolato” dei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore?*, 3/2022, 16 dicembre 2022, 406 ss., nonché *La giustizia costituzionale in navigazione verso l’ignoto*, in *Riv. dir. comp.* (www.diritticomparati.it), 2/2022, 9 giugno 2022, 557 ss.

¹⁸ La tendenza alla espansione del ruolo del tribunale costituzionale è, peraltro, presente anche altrove e, come da noi, ha una delle ragioni che la giustificano nel bisogno di far fronte a plurime, soffocanti emergenze [v., ad es., quanto ne dice, con riguardo all’ordinamento tedesco, M. BONINI, *Tornare alla separazione dei poteri e alla tutela dei diritti: il patriziato giurisdizionale del Bundesverfassungsgericht tedesco alla prova del NGEU e del MES*, in *DPCE online* (www.dpceonline.it), 2/2023, 7 luglio 2023, 1579 ss.].

¹⁹ È bensì vero che la formula espressiva del “governo del popolo” si trova costretta, negli ordinamenti politicamente organizzati aventi ragguardevoli dimensioni, qual è anche il nostro Stato, a rilevante adattamento semantico, convertendosi nella massima partecipazione possibile del popolo al governo. La qual cosa, tuttavia, non scalfisce in alcun modo la distinzione, bisognosa di essere comunque tenuta ferma, tra i ruoli dei decisori politici e quelli dei garanti.

sono ad essi devoluti, a partire da quello della produzione giuridica, così come i garanti seguitino a fare esclusivamente ciò che loro compete, controllando l'attività dei primi e, all'occorrenza, sanzionandola a mezzo degli strumenti di cui sono al riguardo dotati.

3. Le più salienti vicende della forma di governo riguardate dal punto di vista dei loro riflessi sulla tutela dei diritti fondamentali, specie per effetto del "dialogo" tra le Corti

Ne dà d'altronde eloquente testimonianza ciascuna delle forme o specie di democrazia – rappresentativa, diretta e pluralista –, secondo la sistemazione datane dalla più accreditata dottrina (per tutti, T. MARTINES, in alcuni studi che possono ora vedersi riuniti in *Opere*, Giuffrè, Milano 2000; *ivi*, con specifico riguardo alla democrazia pluralista, v. l'omonimo saggio, nel vol. I, 239 ss. Sui modelli di democrazia, poi, non può non farsi menzione almeno di D. HELD, *Models of Democracy*, Polity, Cambridge 1987, trad. it., *Modelli di democrazia*, Il Mulino, Bologna 1989, e, in prospettiva storica, di L. CANFORA, *La democrazia. Storia di un'ideologia*, Laterza, Bari-Roma 2004).

²⁰ ... e – si faccia caso – *debbano* esercitare, restando altrimenti comunque inciso il valore democratico per effetto di omissioni e carenze dei decisori, fatalmente ridondanti in un difettoso appagamento dei bisogni maggiormente avvertiti in seno al corpo sociale, a partire proprio dai diritti fondamentali (con specifica attenzione all'annosa e spinosa questione delle omissioni del legislatore, v., da ultimo e per tutti, F. PATERNITI, *Le omissioni del legislatore. Profili, problemi, prospettive*, Editoriale Scientifica, Napoli 2023: Da una prospettiva di più largo respiro, una sensibile dottrina ha, non molto tempo addietro, rilevato il "preoccupante regresso democratico degli indirizzi politici nel nostro Paese": A. APOSTOLI - A. D'ANDREA, *La fragilità sostanziale dei diritti nella complessa vicenda storica degli ordinamenti democratici*, in *Scritti in onore di A. Ruggeri*, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, 79 ss., spec. 86 ss., per il riferimento testuale). Che, poi, non si diano strumenti sanzionatori fino in fondo efficaci avverso le complessive inadempienze degli organi di apparato è cosa risaputa, avendosene peraltro riprova dagli episodi non sporadici di resistenza collettiva avverso leggi ingiuste [su di che, per tutti, V. BALDINI, *La disobbedienza civile come forma (illegittima?) di resistenza contro la legge ingiusta ... La condotta individuale di opposizione tra imperativo etico ed (auto)tutela costituzionale*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 1/2019, 25 febbraio 2019, 1 ss. Sul diritto di resistenza, v., inoltre, almeno, A. BURATTI, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico. Per una genealogia del principio di opposizione nello Stato costituzionale*, Giuffrè, Milano 2006; F. PIZZOLATO, *Diritto di resistenza, oggi? Partecipazione popolare e veste istituzionale*, in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it), 2/2021, 136 ss., nonché, anche per i riferimenti di ordine storico, B. PEZZINI, *Alla radice della convivenza politica: le tracce del diritto di resistenza nel farsi della Costituzione repubblicana*, in *Scritti in onore di A. Ruggeri*, cit., IV, 3219 ss.]. Della questione, ad ogni buon conto, malgrado il suo cruciale rilievo, non può qui farsi parola alcuna.

Come si vede, illuminante è, ancora una volta, il punto di vista della Costituzione al fine della qualificazione di alcune salienti esperienze della pratica istituzionale.

Si è poc' anzi fatto cenno al principio della separazione dei poteri quale una delle due gambe su cui può camminare spedito lo Stato costituzionale, secondo la mirabile formula dell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'89, sopra richiamato²¹. Quest'ultimo fa, però, ancora prima menzione del riconoscimento dei diritti fondamentali, nei cui riguardi lo stesso principio in parola si pone – come si sa – in funzione servente.

Le più salienti vicende della forma di governo richiedono, infatti, di essere vagliate e *quodammodo* “filtrate” alla luce dei diritti, per ciò che esse dunque rappresentano in ordine alla loro salvaguardia o, all'opposto, alla loro incisione.

Una volta di più, occorre tenere distinto il modello dall'esperienza. Per il primo, si danno alcune vicende che parrebbero deporre per la crescente espansione dei diritti e delle forme della loro tutela; la seconda, di contro, si presenta internamente assai articolata, esibendo tratti che depongono ora nell'uno ed ora nell'altro verso.

È necessario, pertanto, procedere con ordine.

Per il primo aspetto, il dato di maggior rilievo è costituito dalla perdita da parte della Costituzione del monopolio del riconoscimento dei diritti fondamentali, ormai condiviso con altri documenti *materialmente* o – come si preferisce dire alla Consulta²² – *tipicamente* costituzionali, le Carte dei diritti (tra le quali, per ciò che è qui di più diretto interesse, la CEDU e la Carta dei diritti dell'Unione europea). Ed è bene mettere subito in chiaro che, per effetto della perdita in parola, la Costituzione non patisce – secondo modello, appunto – un *vulnus*; piuttosto, ne viene ulteriormente promossa e valorizzata, tanto più laddove si riesca davvero a far luogo a quella mutua e paritaria²³ integrazione delle Carte (Costituzione

²¹ Ancora da ultimo, da essa muove Q. CAMERLENGO, *Lo spazio costituzionale: un inquadramento teorico*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2023, 3 luglio 2023, 49 ss., per mettere a punto una inusuale ricostruzione del senso e della funzione della Costituzione, con specifico riguardo alla finalità di garanzia dei diritti fondamentali sua propria.

²² Il riferimento – com'è chiaro – è a Corte cost. n. 269 del 2017.

²³ La rigenerazione semantica delle Carte per via interpretativa si svolge, infatti, in uno scenario in via di principio scevro di connotati d'ispirazione gerarchica. È sì ben possibile che l'una Carta dia più di quanto riceva, ma questo è un esito che varia da caso a caso, senza alcuna preconstituita sistemazione. La qual cosa, poi, per la sua parte conferma che parimenti varia è la forza normativa dei singoli enunciati, non già del documento che li comprende *ut sic*. Ne dà, peraltro, riprova la stessa giurisprudenza, col fatto stesso di ammettere che una Carta avente

compresa) nei fatti interpretativi che è da una risalente giurisprudenza²⁴ sollecitata alle sue massime espressioni possibili, alle condizioni oggettive di contesto, al fine della costante rigenerazione semantica di ciascuno dei documenti in campo, al servizio appunto dei diritti e di coloro che ne sono portatori. È, tuttavia, doveroso riconoscere che la giurisprudenza costituzionale successiva, oltre ad essere afflitta da alcune contraddizioni di ordine metodico-teorico ad oggi non sanate e delle quali si passa subito a dire, non sembra essere rimasta sempre fedele a se stessa nei suoi svolgimenti concreti, specie con riguardo alla salvaguardia dei diritti di più fresca emersione dal corpo sociale (i c.d. “nuovi” diritti) e da questo intensamente avvertiti come bisognosi delle maggiori cure. Vistoso è, in particolare, lo scarto, più volte rilevato, tra gli esiti ricostruttivi raggiunti al *piano della teoria delle fonti* e quelli avuti al *piano della teoria della interpretazione*: in quest’ultimo, facendosi – a mio avviso, giustamente – luogo ad una sistemazione orizzontale e, a conti fatti, in prospettiva dinamica, circolare di tutti i documenti materialmente costituzionali, sollecitati ad alimentarsi a vicenda, sì da potersi affermare *magis ut valeant*; nel primo, di contro, seguitandosi stancamente a riproporre un’immagina piramidale delle Carte, tutte – quale più quale meno²⁵ – subordinate alla Costituzione. Una sistemazione, questa, a mio modo di vedere afflitta da un vizio di palese incoerenza, non riuscendosi a capire come possa mai un documento materialmente

origine esterna _ ad es., la CEDU – possa esprimere (ed effettivamente esprima) norme generalmente riconosciute della Comunità internazionale, con la conseguenza che, per questa sua parte, la Carta in parola verrebbe ad essere dotata di forza normativa di rango costituzionale, diversamente da ciò che si ha per altre norme (a dire della Consulta, meramente “subcostituzionali”). Sul punto, nondimeno, si tornerà a breve.

²⁴ V., part., Corte cost. n. 388 del 1999. Ulteriori precisazioni, più di recente, in Corte cost. nn. 84 del 2021, 54, 67, 149 e 198 del 2022.

²⁵ Maggiore, infatti, lo stacco gerarchico quanto ai rapporti tra la CEDU (e – come si è detto altrove – verosimilmente ogni altra Carta) e la Costituzione, dal momento che all’una è riconosciuto il rango di fonte “subcostituzionale”, come tale obbligata a prestare ossequio ad ogni norma della legge fondamentale della Repubblica; minore, invece, quanto ai rapporti tra la Costituzione stessa e la Carta di Nizza-Strasburgo, essendo quest’ultima tenuta a mostrarsi rispettosa dei soli principi fondamentali dell’ordinamento. Non si è però, stranamente, pensato che, per la materia trattata e il modo della sua disciplina, ogni Carta dei diritti non può che confrontarsi naturalmente con disposti della Costituzione espressivi di principi o, come che sia, con norme da questi “coperte” e resi, dunque, a conti fatti, partecipi del trattamento proprio di essi.

costituzionale, in quanto idoneo a dare il riconoscimento (in senso proprio²⁶) dei diritti fondamentali, andare soggetto alla osservanza di altro documento avente la sua stessa natura e funzione.

V'è di più.

Come si è tentato di argomentare altrove, non si vede quale pratico senso abbia seguitare a tenere fermo il punto di diritto enunciato al piano della teoria delle fonti quando poi, trapassando per le esigenze dell'applicazione, al piano della teoria della interpretazione, tutti i documenti materialmente costituzionali si considerano idonei a partecipare ad un "gioco" senza fine nel quale a ciascuno di essi è dato di offrire agli altri ciò che di meglio racchiude al proprio interno, sempre (e solo) al fine della ottimale salvaguardia dei diritti della persona²⁷ e, in ultima istanza, della sua dignità²⁸.

²⁶ ... quale disvelamento, cioè, di ciò che è profondamente radicato nel corpo sociale e che attende unicamente di essere portato ad emersione e salvaguardato come gli spetta.

²⁷ Sulla centralità della persona umana e sul principio fondamentale che ad essa specificamente si riferisce, v., almeno, nella ormai nutrita lett., A. MORELLI, *Il principio personalista nell'era dei populismi*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2019, 18 luglio 2019, 359 ss., e, dello stesso, *Persona e identità personale*, in *Biolaw Journal* (www.biodiritto.org), Special issue, 2/2019, 19 dicembre 2019, 45 ss.; C. COLAPIETRO, *La scuola inclusiva della nostra Costituzione "personalista", che riconosce e garantisce il "valore della persona" e la "persona come valore"*, in *Scritti in onore di A. Ruggeri*, cit., II, 1135 ss.; R. TREZZA, *La tutela della persona umana nell'era dell'intelligenza artificiale: rilievi critici*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 16/2022, 15 giugno 2022, 277 ss.; V. BALDINI, *La Costituzione della persona e il costituzionalismo del mondo globale. Aspetti problematici di una tensione già esistente tra Costituzione della libertà ed esercizio del potere pubblico*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 2/2023, 21 giugno 2023, 289 ss., e, se si vuole, il mio *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 17/2013. Sulle mutue implicazioni tra i diritti della persona e il carattere democratico dell'ordinamento, v., di recente, C. PANZERA, *Titolarità dei diritti fondamentali e società democratica*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2023, 19 giugno 2023, 463 ss. Infine, con specifico riguardo alla condizione del non cittadino ed ai diritti fondamentali che comunque gli vanno riconosciuti, nella ormai incontenibile lett., riferimenti possono di recente aversi da G. SANTOMAURO, *I diritti del non cittadino nel costituzionalismo contemporaneo: tendenze normative e giurisprudenziali*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 11/2023, 17 maggio 2023, 223 ss.

²⁸ ... che – è bene qui rammentare – è, sì, oggetto di un diritto fondamentale ma, allo stesso tempo, è la fonte di ogni altro diritto, per natura disposto in funzione servente della stessa, avendo ciascuno di essi infatti senso unicamente in quanto idoneo a farsi valere per l'affermazione della dignità.

Sul carattere "supercostituzionale" di quest'ultima, se si vuole, può vedersi A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in AA.VV., *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, a cura di V. Angiolini, Giappichelli, Torino 1992, 221 ss. e, già, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss.; non diverso, nella sostanza, il punto di vista di G. SILVESTRI che in essa rinviene l'"assoluto costituzionale", la "bilancia" su cui si dispongono i beni della vita

Il vero è che nella giurisprudenza costituzionale, a seconda della circostanze e della posta in palio, sembra ora prevalere il punto di vista riconducibile alla teoria delle fonti ed ora quello riferibile alla teoria della interpretazione, con una non celata preferenza tuttavia per soluzioni che, ad ogni buon conto, non portino all'effetto di disvelare difetti di disciplina della nostra Carta al raffronto con quella di altre Carte, ovverosia, in buona sostanza, una minore sensibilità ed attenzione da parte della nostra Corte al cospetto di quella esibita da altre Corti.

Sta di fatto che, per effetto del c.d. "dialogo" intergiurisprudenziale – com'è usualmente chiamato, ricorrendo ad un'immagine suggestiva seppur teoricamente non perspicua²⁹ –, l'incidenza esercitata dall'una sull'altra Corte si è rivelata significativa, portando – per ciò che più importa – alla crescita sia del catalogo dei diritti fondamentali sia della salvaguardia agli stessi apprestata, specie a quelli c.d. "nuovi", frutto d'invenzione negli anni a noi vicini a ritmi viepiù accelerati³⁰, anche per impulso dello sviluppo considerevole al riguardo venuto dalla scienza e dalla tecnologia³¹ che, nondimeno, accanto ad indubbi vantaggi, fanno correre

costituzionalmente meritevoli di tutela al fine della loro mutua ponderazione (*Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 14 marzo 2008, spec. al § 3.).

²⁹ ... com'è, d'altronde, proprio delle metafore strumentalmente e non di rado artificiosamente piegate a finalità teorico-ricostruttiva [indicazioni in O. POLLICINO, *Metafore, Judicial framing e tutela dei diritti fondamentali nell'era digitale*, in AA.VV., *Nuove tecnologie e diritti umani: aspetti di diritto internazionale e di diritto interno*, a cura di L. Panella, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, 269 ss.; A. MORELLI - O. POLLICINO, *Le metafore della rete. Linguaggio figurato, iudicial frame e tutela dei diritti fondamentali nel cyberspazio: modelli a confronto*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2018, 19 marzo 2018, e, ora, in A. MORELLI, *Costituzionalismo antipopulista, rapporti tra scienza e democrazia e uso consapevole delle metafore giuridiche*, in corso di stampa negli *Scritti in memoria di G. Gemma*].

³⁰ "Imponente" – come si è fatto di recente notare – appare essere l'"impatto" delle Corti europee sui giudici nazionali, in ispecie in materia civile [L. TRIA, *Il dialogo tra giudici nazionali, Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giust. ins.* (www.giustiziainsieme.it), 26 giugno 2023; testuali i riferimenti fedelmente riportati]. Notazioni di vario segno a riguardo del riconoscimento e della tutela dei diritti in sede giurisdizionale sono nei contributi al convegno su *La garanzia dei diritti fondamentali oltre le Corti*, in *Riv. dir. comp.* (www.diritticomparati.it), 1/2022. Utili indicazioni per ciò che attiene alla salvaguardia dei diritti in ambito sovranazionale possono, inoltre, ora aversi dal Report della Commissione su *A thriving civic space for upholding fundamental rights in the EU 2022 Annual Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights*.

³¹ Utili indicazioni possono, tra gli altri aversi da AA.VV., *Nuove tecnologie e diritti umani: profili di diritto internazionale e di diritto interno*, a cura di L. Panella, Editoriale Scientifica, Napoli 2018; G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-*

rischi di non minor peso³². Ed è interessante osservare che il “gioco” a Carte delle Corti – come lo si è altrove chiamato³³ –, a seconda dei campi materiali sui quali ha preso (e prende) forma e dei diritti da esso riguardati, ha portato tanto alla stabilizzazione quanto (e, forse, soprattutto) al rinnovamento degli indirizzi giurisprudenziali, con riflessi di tutta evidenza in ordine alla ricognizione semantica degli enunciati costituzionali.

Ogni medaglia ha, però, il suo rovescio, a conferma delle plurime sfaccettature esibite dall’esperienza, il cui esame, una volta analiticamente svolto, porta – come si diceva – ad esiti ricostruttivi internamente articolati e compositi. Senza, infatti, nulla togliere ai meriti, innegabili e di prima grandezza, che sono da riconoscere ai giudici, a *tutti* i giudici (nazionali e non, comuni e costituzionali), è altresì doveroso però ammettere che non sono mancate talune forzature interpretative, con riguardo sia al versante degli enunciati delle Carte (Costituzione inclusa) e sia pure a quello delle discipline sottostanti (legislative e non).

Così, malgrado le strutturali, formidabili aperture dei disposti costituzionali, a volte se n’è avuta una palese, abnorme dilatazione semantica, come se la Costituzione (o altra Carta) – si è fatto notare altrove – dica davvero *tutto su tutto* e lo dica sempre nel modo migliore, senza dunque esibire menda o lacuna di sorta.

scientifica, Giappichelli, Torino 2020; AA.VV., *Diritto costituzionale e nuove tecnologie*, a cura di G. Ferri, ESI, Napoli 2022; L. DEL CORONA, *Libertà della scienza e politica. Riflessioni sulle valutazioni scientifiche nella prospettiva del diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino 2022; AA.VV., *Diritti di libertà e nuove tecnologie*, a cura di A. Morelli, in *Dir. cost.*, 1/2023; F. BALAGUER CALLEJÓN, *La Constitución del algoritmo*², Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza 2023. Con specifico riguardo, poi, a talune questioni oggi molto discusse, specie in relazione ai problemi posti dalla pandemia da Covid-19, riferimenti possono, da ultimo, aversi, nella ormai cospicua lett., da AA.VV., *La democrazia della società digitale. Tensioni e opportunità*, a cura di E. Di Carpegna Brivio e A. Sancino, Giappichelli, Torino 2023, e M. LADU - N. MACCABIANI, *L’autodeterminazione popolare nell’era digitale: tra opportunità normative e tecnologiche*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2023, 3 giugno 2023, 415 ss.; V. CORNELI, *Sovranità tecnologica: intelligenza artificiale e valori costituzionali*, in *Forum di Quad. cost.* (www.forumcostituzionale.it), 2/2023, 4 giugno 2023, 41 ss. Infine, volendo, v. anche il mio *Diritti fondamentali e scienza: un rapporto complesso*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 1/2022, 4 febbraio 2022, 130 ss.

³² Con specifico riguardo alle neurotecnologie, v., ora, F. CIRILLO, *Neurodiritti: ambiguità della “libertà cognitiva” e prospettive di tutela*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2023, 12 luglio 2023, 666 ss.

³³ ... nel mio *Il gioco a Carte delle Corti*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2021, 26 maggio 2021, 440 ss.

Il catalogo dei diritti fondamentali, che avrebbe a mia opinione richiesto di essere allungato con le forme dalla stessa Carta prescritte all'art. 138 per ogni sua esplicita innovazione, è stato fatto oggetto di corpose integrazioni *ope juris prudentiae*, a mezzo cioè di sentenze – è proprio il caso di dire – di revisione costituzionale. Similmente, poi, si è avuto al piano della normazione di grado primario, essa pure fatta oggetto di correzioni ed integrazioni di vario segno, poste in essere tanto alla luce del sole, ad opera del tribunale costituzionale, quanto per via sotterranea, per mano dei giudici comuni, specie a mezzo di utilizzi esasperati della tecnica della interpretazione conforme³⁴.

³⁴ Su di essa, nella ormai copiosa lett., v., almeno, G. SORRENTI, *La (parziale) riconversione delle "questioni di interpretazione" in questioni di legittimità costituzionale*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2016, 293 ss.; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Ann., IX* (2016), 391 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; G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 99 ss.; Giov. D'AMICO, *Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti) nella loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in AA.VV., *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, a cura dello stesso Giov. D'Amico, Giuffrè, Milano 2017, 49 ss., spec. 66 ss.; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2017, 37 ss.; 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 *Quest. giust.* (www.questionegiustizia.it), 22 ottobre 2018, e, dello stesso, *L'interpretazione conforme torna a casa?*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 3/2019, 30 ottobre 2019, 37 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2020, spec. 266 ss. e 376 ss.; V. BALDINI, *Costituzione e razionalizzazione della politica. Aspetti problematici di un distico dilemmatico in "moto perpetuo"*, in *Dir. fond.* (www.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 di 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 *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 3/2019, 5 dicembre 2019, 163 ss.; F. MODUGNO, *Le novità della giurisprudenza costituzionale*, in *Lo Stato*, 14/2020, 101 ss., e, dello stesso, *L'interpretazione degli atti normativi*, in *Giur. cost.*, 2/2022, spec. 1118 ss.; R. ROMBOLI, *Il sistema di costituzionalità tra "momenti di accentramento" e "di diffusione"*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 2/2020, 26 maggio 2020, 4 ss., e, dello stesso, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, a cura dello stesso R., Giappichelli, Torino 2020, 72 ss.; G. PITRUZZELLA, *L'interpretazione conforme e i limiti alla discrezionalità del giudice nell'interpretazione della legge*, in *Un riaccentramento del giudizio costituzionale?*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 3/2021, 161 ss.; nella stessa *Rivista*, v., inoltre, l'Editoriale di G. DE VERGOTTINI, *La Corte costituzionale tra riaccentramento e riequilibrio del sistema*, spec. § 2, e S. STAIANO, *Corte*

L'interrogativo, di cruciale rilievo, che qui non può essere eluso è, dunque, il seguente: *il fine può giustificare il mezzo, laddove siano in gioco i diritti fondamentali della persona?*

In altri luoghi, mi sono dichiarato, sia pure non senza un qualche travaglio interiore, dell'avviso che ciò non può essere, in alcun caso o modo, tollerato; e qui pure reputo di dover tenere fermo questo mio convincimento che so peraltro essere condiviso da un'accreditata dottrina³⁵. Ne va, infatti, del mantenimento non soltanto del disegno relativo alla forma di governo, alterato per effetto di quelle abnormi espressioni di "supplenza" istituzionale cui si faceva poc'anzi cenno, ma – più ancora – del modello riguardante la stessa forma di Stato, dal momento che la torsione registratasi al piano delle relazioni tra gli organi di apparato (e, dunque, dell'esercizio delle funzioni ad essi spettanti) ha la sua immediata, speculare proiezione al piano dei rapporti tra l'apparato stesso e la comunità governata, considerata sia nei suoi singoli componenti che (e soprattutto) nel suo insieme.

La conclusione, ancora una volta, è quella per cui viene a trovarsi in stato di grave sofferenza il principio della separazione dei poteri e, *per ciò stesso*, i diritti fondamentali, la cui salvaguardia presuppone il mantenimento integro del

costituzionale e giudici comuni. La congettura del riaccentramento, 102 ss.; S. BARBARESCHI, *Corte costituzionale e certezza dei diritti. Tendenze nomofilattiche del giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2022, 171 ss., e, se si vuole, anche il mio *Rapporti interordinamentali ed effettività della tutela dei diritti fondamentali*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 1/2023, 20 marzo 2023, 133 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. 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*, cit., 457 ss. Quanto poi alla giurisprudenza eurounitaria, 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. Ulteriori riferimenti ed indicazioni a riguardo degli usi concretamente fattisi della tecnica in parola possono di recente aversi da A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁷, Giappichelli, Torino 2022, 247 ss.

³⁵ Fa giustamente notare A. PUGIOTTO, *Dalla "porta stretta" alla "fuga" dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quad. cost.*, 1/2016, 169, che "i fini non giustificano mai i mezzi, perché sono sempre i mezzi a prefigurare i fini".

principio stesso, giusta l'indicazione data dal già richiamato art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789.

Che ne è, dunque, della *forza normativa* della Costituzione laddove si abbia riscontro delle diffuse alterazioni patite dal figurino relativo alla trama istituzionale in questa delineato?

4. Il modello costituzionale, le sue alterazioni conseguenti alla tendenza ad un accentuato "riaccentramento" nell'esercizio delle pubbliche funzioni, le aporie di ordine ricostruttivo al riguardo palesate dalla giurisprudenza costituzionale

Emergenze di vario genere che reciprocamente si ricaricano e senza sosta alimentano, un'avanzata integrazione sovranazionale, da cui discendono vincoli viepiù pressanti a carico degli Stati membri dell'Unione, pluralità delle Carte (e delle Corti) che danno voce ai diritti fondamentali, vecchi e nuovi, concorrendo a rendere viepiù evidenti le pretese di appagamento dagli stessi avanzate: tutto questo ed altro ancora rimarca la mole dei compiti gravanti sullo Stato (e sui pubblici poteri in genere³⁶) e, dunque, delle aspettative di adempimento nutrite dai componenti il corpo sociale.

Ebbene, quando la forbice tra ciò che concretamente si fa a beneficio della comunità e ciò che quest'ultima si aspetta si va sempre di più divaricando, è da mettere in conto che gli equilibri caratterizzanti la forma di governo e – come si diceva – la stessa forma di Stato si trovino viepiù esposti al rischio di rilevanti e vistose alterazioni; il che è come dire che a pagarne il costo può essere (e, non di rado, effettivamente è) la Costituzione e la sua forza. D'altronde, è dalle alterazioni stesse che si alimenta quello scarto tra modello ed esperienza, in ispecie tra il ruolo dei decisori politici e quello dei garanti, di cui si è venuti dicendo.

³⁶ Non si trascuri, al riguardo, il ruolo che possono (e devono) giocare altresì le autonomie territoriali, Regioni in testa, a salvaguardia dei diritti fondamentali e, in genere, di taluni bisogni particolarmente avvertiti dalle comunità stanziate in ambito locale (interessanti i dati risultanti dallo studio curato anni addietro da A. Morelli e L. Trucco su *Diritti e autonomie territoriali*, Giappichelli, Torino 2014, i cui esiti appaiono perciò meritevoli di essere aggiornati).

È in questo quadro complessivo, qui sommariamente delineato unicamente nei suoi tratti di maggior spessore, che s'inscrive e svolge, in ciascuna delle sue plurime forme espressive, la tendenza all'accentramento o – come pure si è detto³⁷ – al “riaccentramento” nell'esercizio di attività specificamente miranti a dare riconoscimento e tutela ai diritti fondamentali, che ha avuto una delle sue più rilevanti manifestazioni in occasione della esplosione della pandemia da coronavirus³⁸.

³⁷ V., con specifico riguardo alla svolta segnata dalla 269 del 2017, tra gli altri, D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di riaccentramento della giustizia costituzionale in Italia*, cit.; A.-O. COZZI, *Sindacato accentrato di costituzionalità e contributo alla normatività della Carta europea dei diritti fondamentali a vent'anni dalla sua proclamazione*, in *Dir. pubbl.*, 3/2020, 659 ss.; AA.VV., *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, a cura di G. Campanelli - G. Famiglietti - R. Romboli, Editoriale Scientifica, Napoli 2020; AA.VV., *Un riaccentramento del giudizio costituzionale?, I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 3/2021, 27 gennaio 2021; AA.VV., *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, a cura di C. Caruso - F. Medico - A. Morrone, Bononia University Press, Bologna 2020; AA.VV., *Rileggendo gli Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-2019)*. A Roberto Romboli dai suoi allievi, Giappichelli, Torino 2020; C. PADULA, *Le “spinte centripete” nel giudizio incidentale di costituzionalità*, in *La Corte costituzionale nel XXI secolo*, in *Quest. giust.* (www.questionegiustizia.it), 4/2020, 62 ss.; M. LOSANA, *Tutela dei diritti fondamentali e (in)stabilità delle regole processuali*, in *Quad. cost.*, 2/2020, 305 ss.; L. PESOLE, *La Corte costituzionale oggi, tra apertura e interventismo giurisprudenziale*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 12/2021, 5 maggio 2021, 224 ss.

Non sono, nondimeno, mancate anche le contropunte centrifughe nel sindacato di costituzionalità, delle quali hanno, tra gli altri, trattato A. GUAZZAROTTI, *Le contropunte centrifughe nel sindacato di costituzionalità*, in *La Corte costituzionale nel XXI secolo*, cit., 78 ss., e, pure *ivi*, variamente, M. BIGNAMI, *La Corte costituzionale nel XXI secolo: ritorno al futuro*, 6 ss.; E. LAMARQUE, *I poteri del giudice comune nel rapporto con la Corte costituzionale e le Corti europee*, 89 ss., e A. NATALE, *Il giudice comune, servitore di più padroni*, 98 ss. Di E. LAMARQUE, v., *amplius*, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana. Nuova stagione, altri episodi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2021.

Qui, nondimeno, come subito si vedrà, si assegna al termine una portata ancora più ampia, idonea a farsi apprezzare altresì oltre l'ambito di esperienza cui si riferisce la pronunzia del 2017 della Consulta, sopra richiamata.

³⁸ V., part., lo *Speciale su Emergenza pandemica e forma di governo: la verticalizzazione del potere tra tendenze sistemiche e discontinuità*, a cura di I. Ciolli, in *Oss. fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 3/2022. Sull'utilizzo fattosi dei decreti del Presidente del Consiglio, v., almeno, M. RUBECCHI, *I decreti del Presidente. Studio su d.P.C.m., atti normativi del governo e dinamiche decisionali*, Giappichelli, Torino 2022. Da una prospettiva di più ampio respiro, della spinosa questione relativa a *La tenuta dello stato costituzionale ai tempi dell'emergenza da Covid-19. Profili giuridico-finanziari* trattano i contributi che sono in un *Focus* sul tema ospitato da *Federalismi* (www.federalismi.it), 30 gennaio 2023, e presentato da E. CASTORINA. P.M. SANFILIPPO, A. CIANCIO, E. D'ALTERIO e G. CHIARA; quanto, poi, specificamente alla redistribuzione delle competenze indotta dalle emergenze, v., ora, O. PFERSMANN - E.A. IMPARATO, *L'emergenza nello stato di diritto democratico. Una prima tassonomia della distribuzione delle competenze secondo il modo di produzione*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 15/2023, 28 giugno 2023, 161 ss.

Sia chiaro. Il *trend* in parola ha plurime giustificazioni addotte da chi ne incoraggia l'implementazione; e, tuttavia, riguardato lo stesso – come si va ora facendo – dallo specifico angolo visuale degli equilibri istituzionali, una delle ragioni con particolare vigore rappresentate attiene proprio al bisogno di non lasciare sguarniti di tutela i diritti fondamentali e, in genere, le maggiori aspettative coltivate dal corpo sociale. Sta di fatto, però, che, una volta di più, numerose e palesi sono le torsioni istituzionali risultanti dal modo complessivo di esercizio delle pubbliche funzioni.

Così, per fare subito un esempio particolarmente istruttivo a riguardo di quanto si viene ora dicendo, lo spostamento verso l'alto di quote viepiù consistenti di potere (all'Unione da parte dello Stato e a quest'ultimo a detrimento delle autonomie territoriali, in ispecie di quelle regionali) non è, per vero, talora privo di fondamento, laddove risulti acclarato il mutamento di dimensione o di natura degli interessi meritevoli di tutela, unitamente alla inidoneità degli enti *ratione materiae* astrattamente competenti ad assicurarla. È però un fatto che la contrazione patita dalla sovranità dello Stato (al piano dei rapporti interordinamentali) e dall'autonomia (a quello dei rapporti intraordinamentali) ridonda comunque in un *vulnus* per i diritti fondamentali, ove si convenga in premessa che, secondo modello, la loro ottimale salvaguardia avrebbe dovuto aversi in applicazione di un diverso riparto delle competenze rispetto a quello effettivamente invalso. Se, poi, l'esperienza dovesse dare indicazioni nel senso che l'impianto originariamente pensato era – come dire? – sbagliato o che tale si è quindi rivelato e che, invece, il modo giusto per dare appagamento ai diritti (e, in genere, ai più avvertiti bisogni) è quello effettivamente affermatosi nell'esperienza, la via lineare da battere sarebbe stata (ed è) quella della correzione del disegno costituzionale³⁹, non già l'altra di contrabbandare per sue fedeli applicazioni le “modifiche tacite” frutto della manovra in due tempi posta in essere dai decisori politici in prima battuta e dai garanti in seconda, che vi offrano il loro generoso avallo⁴⁰.

³⁹ ... e, *mutatis mutandis*, dei Trattati, per ciò che attiene alle relazioni interordinamentali.

⁴⁰ Qui occorre, per vero, distinguere tra ciò che si ha al piano delle relazioni interordinamentali e ciò che prende forma a quello delle relazioni intraordinamentali.

Quanto, poi, al “riaccentramento” al piano dei rapporti tra gli organi della giurisdizione, nulla ora dirò sia per non ripetere cose qui pure dette e sia perché si tratta di esperienze fatte oggetto – come si sa – di una copiosa messe di scritti di vario segno e orientamento. Solo su un punto, tuttavia, mi preme richiamare in questa sede l’attenzione, per i riflessi che possono aversene a riguardo della questione di fondo oggetto di questo studio. Si tratta, in breve, di chiedersi se la soluzione concretamente affermatasi, non senza talune, malcelate esitazioni da parte del tribunale costituzionale, a riguardo dell’annosa e vessata questione della “doppia pregiudizialità”⁴¹ sia, per un verso, maggiormente rispettosa dei ruoli istituzionali rispetto a quella dapprima invalsa e, per un altro verso, idonea a

Il ruolo dei garanti risente, infatti, com’è naturale, del contesto complessivo in cui s’inscrive e svolge. E così, la Corte dell’Unione non è (e non può essere) fino in fondo imparziale, così come è (o *dovrebbe* essere...) un giudice interno, dal momento che essa si pone pur sempre quale elemento costitutivo del processo d’integrazione sovranazionale, alla cui progressiva avanzata è tenuta a dare il proprio fattivo concorso. Di contro, i giudici nazionali – Corte costituzionale inclusa, pur nella sua complessivamente tipica connotazione (la sua doppia “anima”, politica e giurisdizionale, insomma) – operano in un ordinamento già *pleno iure* integrato e non sono, pertanto, soggetti ai vincoli di ordine istituzionale della cui osservanza è gravata la Corte eurounitaria.

Quanto, poi, ai garanti nazionali, non si perda di vista altresì il ruolo giocato, oltre che (e principalmente) dalla Corte costituzionale, dal Capo dello Stato che – come si sa – ha fatto un utilizzo assai avaro dello strumento del rinvio delle leggi statali lesive dell’autonomia ovvero non rispettose dei vincoli discendenti dalla Comunità internazionale e dall’Unione europea. È vero che non sono mancati, anche di recente, i casi di promulgazione accompagnata da rilievi di vario segno [riferimenti, ora, in D. CASANOVA, *Una nuova promulgazione dissenziente: la lettera del Presidente della Repubblica in relazione alla legge di conversione del c.d. decreto milleproroghe* (l. n. 14/2023), in *Oss. cost.* (www.osservatorioaic.it), 3/2023, 6 giugno 2023, 187 ss., e G. MENEGATTO, *Qualche ulteriore riflessione in tema di promulgazione e rinvio parziali delle leggi di conversione dei decreti-legge: dall’altruismo istituzionale ad un’auspicabile riscoperta della leale cooperazione*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2023, 6 luglio 2023, 561 ss.]; si tratta, tuttavia, di espressioni sporadiche e complessivamente limitate di esercizio del controllo presidenziale, peraltro in una forma – come si sa – assai discussa (e discutibile), a fronte di un *trend* corposo e vistoso di violazioni dell’autonomia ovvero dei vincoli suddetti [in generale, per l’esperienza dei rinvii delle leggi, di recente v., nuovamente, D. CASANOVA, *Il rinvio presidenziale delle leggi nell’esperienza costituzionale italiana*, in *Nomos* (www.nomos-leattualitaneldiritto.it), 1/2022, e L. ABBRUZZO, *Il ruolo del Presidente della Repubblica nella crisi del raccordo Governo-Parlamento: la promulgazione con motivazione*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 10/2023, 3 maggio 2023, 1 ss.].

⁴¹ ... in merito alla quale si è – come si sa – formata una imponente messe di scritti (riferimenti, di recente e per tutti, anche in chiave comparata, in D. GALLO - G. PICCIRILLI ed., *Dual preliminary through national, EU and comparative case law*, in *The Italian Journal of public law*, special issue, 1/2023. V., inoltre, utilmente, i contributi di G. REPETTO, *Esercizi di pluralismo costituzionale Le trasformazioni della tutela dei diritti fondamentali in Europa tra ambito di applicazione della Carta e “doppia pregiudizialità”*, e G. MARTINICO, *La doppia pregiudizialità nel diritto comparato*, entrambi in *Dir. pubbl.*, 3/2022, rispettivamente 757 ss. e 775 ss.

tradursi in un guadagno ovvero in una perdita secca per le aspettative di tutela dei diritti fondamentali.

Dico subito, appoggiandomi al riguardo su talune indicazioni poc'anzi date, che la risposta al primo quesito porta con sé anche quella relativa al secondo, ove si assuma in partenza che l'ottimale salvaguardia dei diritti passa di necessità attraverso la scrupolosa osservanza del modello delineato nella Carta. Ancora una volta, potrebbe tuttavia opporsi che quest'ultimo fosse il frutto di un calcolo errato o, come che sia, rivelatosi tale alla luce di talune novità nel frattempo registratesi nel contesto in cui il modello stesso s'inscrive ed opera.

Fermando, ad ogni buon conto, l'attenzione, ancora solo per un momento, sulla prima questione, non posso qui trattenermi dal rilevare una volta di più che non vedo su cosa poggi l'eccezione introdotta dalla Consulta al principio di ordine generale secondo cui ai disposti normativi dell'Unione dotati dell'attitudine ad essere portati ad immediata applicazione è il giudice comune a dover subito accordare la precedenza a discapito di quelli interni con essi incompatibili, salvo ad avvalersi, ove ne ricorrano le condizioni, dello strumento del rinvio pregiudiziale⁴² ovvero ad azionare avverso l'ingresso in ambito interno delle statuizioni sovranazionali l'arma dei "controlimiti". E, invero, l'attrazione delle antinomie tra norme interne e norme eurounitarie nell'area di competenza del giudice comune ovvero la chiamata in campo del giudice costituzionale al fine della loro risoluzione ha per *esclusivo* punto di riferimento un *connotato strutturale*, a seconda cioè che le

⁴² ... attorno al quale – segnale qui di passaggio – il confronto dottrinale è tornato a riaccendersi [v., di recente, in aggiunta agli scritti sopra cit., F. MUNARI, *Il «dubbio ragionevole» nel rinvio pregiudiziale*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 18/2022, 13 luglio 2022, 162 ss.; C. PERARO, *Il mancato rinvio pregiudiziale d'interpretazione nello spazio giudiziario europeo: quale tutela multilivello per i singoli?*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies* (www.fsjeurostudies.eu), 1/2022, 279 ss., e, da ultimo, R. D'ANGIOLELLA, *Il rinvio pregiudiziale: nodi problematici in sede di prima applicazione*, in *Giust. ins.* (www.giustiziainsieme.it), 11 luglio 2023, e B. NASCIBENE, *Il rinvio pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea: disciplina e indicazioni pratiche, paper*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 17/2023, 12 luglio 2023, 1 ss.], anche in relazione ad una sua ventilata modifica che potrebbe rivelarsi gravida di rilevanti implicazioni di ordine istituzionale, con riflessi immediati per la salvaguardia dei diritti [in tema, v., part., C. AMALFITANO, *Il futuro del rinvio pregiudiziale nell'architettura giurisdizionale dell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.* (www.dirittounioneuropea.eu), 3-4/2022, 31 dicembre 2022, 501 ss., e, ora, R.G. CONTI, *La proposta di modifica dello Statuto della Corte di giustizia UE in tema di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE*, in *Giust. ins.* (www.giustiziainsieme.it), 8 luglio 2023].

norme dell'Unione si presentino, o no, come *self executing*. Nulla di più e nulla di meno. La Consulta, di contro, con la sent. n. 269 del 2017 (e, sia pure con i temperamenti introdotti con le note decisioni del 2019, a partire dalla 20⁴³) sposta il tiro ed indebitamente converte la proprietà strutturale in parola in una di ordine assiologico-sostanziale, con specifico riguardo al caso che siano in gioco norme della Carta di Nizza-Strasburgo ovvero norme a queste *quodammodo* funzionalmente connesse, siccome volte a darvi diretta ed immediata specificazione-attuazione.

Ebbene, così facendo, palese è, a mio modo di vedere, la violazione dell'art. 11 della Carta, nell'interpretazione datane dalla stessa Consulta e quindi divenuta ormai diritto vivente, dal momento che in esso non si vede alcuna eccezione alla regola dell'applicazione immediata di *ogni* norma dell'Unione avente carattere *self executing*.

Qui, dunque, mi fermo, anche per non ripetere cose altrove dette a sostegno della soluzione nella quale da tempo mi riconosco. Osservo solo, in chiusura sul punto, che taluni argomenti addotti a favore della soluzione patrocinata dalla Consulta possono essere "bilanciati" da altri in senso avverso, al punto da risultare quindi assai problematico prendere partito nell'uno o nell'altro verso, fermo nondimeno restando che si tratta di espressioni di un calcolo – come dire? – di opportunità, meritevoli perciò di considerazione in prospettiva *de iure condendo*⁴⁴, non già alla luce di quanto linearmente discende dal principio fondamentale sopra richiamato.

Così è da dire, per fare ora solo un esempio, in ordine al vantaggio offerto dall'eventuale annullamento della norma interna contraria alla Carta di Nizza-Strasburgo (e/o ad altra fonte sovranazionale a questa *quodammodo* "connessa") al cospetto della mera disapplicazione (*rectius*, "non applicazione"⁴⁵) per mano del giudice comune. Un rilievo, questo, che lascia però volutamente in ombra la

⁴³ Molto importante è, poi, di recente, la già richiamata sent. n. 198 del 2022.

⁴⁴ ... sempre che – beninteso – si reputi l'art. 11 passibile di revisione costituzionale (e, se sì, in che senso) ovvero di un complessivo ripensamento interpretativo, magari – perché no? – nel senso qui auspicato.

⁴⁵ Si rammenti, infatti, la sottile precisazione linguistica già da tempo fatta dalla Consulta al riguardo.

circostanza per cui l'intervento del giudice in parola può risultare immediato e tempestivo, diversamente da quello della Consulta che richiede pur sempre certi tempi di maturazione. Ad ogni buon conto, non è di qui tornare a discutere se sia da preferire il meccanismo diffuso ovvero quello accentrato di sindacato di costituzionalità, se non pure in termini generale, con specifico riguardo all'ambito di esperienza ora in rilievo⁴⁶.

Al tirar delle somme, l'eccezione introdotta dalla 269 si traduce in un'alterazione dell'assetto dei rapporti tra gli organi competenti a somministrare giustizia, quale dapprima stabilito dalla stessa Consulta: un'alterazione idonea a lasciare un segno anche nell'area materiale in cui si svolge e fa valere il *munus* esercitato dalla Corte di giustizia, non potendosi neppure escludere, così come però per vero ammettere, che il giudice comune possa farsi interprete ancora più fedele dello stesso tribunale costituzionale del diritto vivente sovranazionale, per il significato da esso assunto per voce della Corte dell'Unione. È ovvio che tutto è da vedere caso per caso; e, poiché non si dispone, come nel film *Sliding doors*, della macchina per riavvolgere il tempo, in presenza di antinomie direttamente risolte dal giudice comune, non sapremo mai come avrebbe potuto pronunciarsi la Consulta, se fossero state portate alla sua cognizione, e viceversa: davanti alla soluzione interpretativa apprestata da quest'ultima non si saprà come avrebbe potuto determinarsi il giudice comune, per quanto per vero l'ordinanza di rimessione possa dare lumi al riguardo. L'unico punto certo – come si diceva – è la “modifica tacita” dell'art. 11 messa in atto dalla 269, per effetto dell'aggiunta di una eccezione di particolare rilievo alla sua operatività. E, se è vero che la Costituzione fa (o è) “sistema”⁴⁷, se ne

⁴⁶ D'altro canto, l'interpretazione dell'art. 11 invalsa fino alla 269 costituiva una rilevante “rottura” della Costituzione, vale a dire una deroga di grande momento ad opera di un principio fondamentale nei riguardi della regola del sindacato accentrato; ed è interessante notare che, mentre di norma sono le regole a derogare ai principi, qui si aveva appunto l'inverso. Discorso diverso è, poi, quello che potrebbe farsi laddove dovesse confutarsi in radice l'interpretazione invalsa del principio in parola; ciò che, però, è cosa priva di senso stanti i diffusi e radicati consensi attorno alla stessa ormai formati: incrollabili, appunto, fino però alla 269...

⁴⁷ Su ciò, v., volendo, il mio *La Costituzione come “sistema” e le sue proiezioni al piano delle innovazioni positive ed a quello delle pratiche interpretative (prime notazioni)*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 1/2023, 23 aprile 2023, 457 ss.

deve concludere che l'ottimale appagamento dei diritti fondamentali cui la stessa dà voce, si ha *anche* battendo la via indicata dal principio fondamentale in parola, avuto specifico riferimento ad antinomie coinvolgenti la Carta dell'Unione o fonte a questa "connessa".

In disparte, ad ogni buon conto, la questione ora nuovamente evocata, è fuori discussione la centralità di posto spettante al "sistema"-giustizia in ordine alla salvaguardia dei diritti fondamentali e, in genere, all'appagamento di taluni bisogni diffusamente ed intensamente avvertiti in seno al corpo sociale; fuori discussione, in ispecie, è (e resta), malgrado la manovra di "riaccentramento" posta in essere dalla 269, la centralità di posto detenuta in seno al "sistema" in parola dai giudici comuni che – come si faceva poc'anzi notare – ha avuto conferma, anche in relazione alle questioni di "doppia pregiudizialità", dalle pronunzie del 2019, per effetto della opzione fatta dalla Consulta per una soluzione che offrisse comunque ai giudici stessi l'opportunità di determinarsi a quale pregiudizialità accordare la precedenza, per quanto – come pure non si è mancato di osservare altrove – anche questa soluzione non sembri per vero esente da critici rilievi⁴⁸. Insomma, sono pur sempre, a conti fatti, i giudici comuni a stabilire quale porta aprire ovvero tenere chiusa, in ragione delle complessive esigenze del caso; e – non si dimentichi – sono sempre gli stessi giudici a dover dare seguito alle pronunzie di questa o quella Corte (costituzionale ovvero sovranazionale), un seguito che non poche volte richiede di concretarsi in un'attività di *attuazione*, e non di mera *applicazione*⁴⁹, a

⁴⁸ Delle due, infatti, l'una: o il giudice è dubbioso circa il retto significato da attribuire al disposto eurounitario; ed allora non si vede come possa sollevare subito sullo stesso una questione di costituzionalità, dovendo piuttosto, di necessità, rivolgersi dapprima alla Corte dell'Unione al fine di avere lumi al riguardo; oppure ritiene di possedere certezze in merito al significato medesimo, ed allora a seconda che lo consideri, o no, incompatibile con il disposto normativo nazionale, dovrà regolarsi secondo i canoni usuali, ora dunque dandovi subito applicazione al posto del secondo ed ora stabilendo quale dei due si adatti specificamente al caso, con la conseguenza che potrebbe ugualmente giudicare essere lo stesso disposto sovranazionale quello meritevole di esser fatto valere nella circostanza, come pure potrebbe all'inverso considerarlo eccentrico rispetto ad essa.

⁴⁹ ... come, invece, ritiene un'accreditata dottrina, a cui opinione i giudici comuni farebbero appunto pur sempre "applicazione" delle norme di legge al caso, senza dunque distinguere a seconda del tasso di "creatività" espresso dalle pronunzie che vi facciano luogo [v., part., M. LUCIANI, in più luoghi, tra i quali *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 3/2012, 3 luglio 2012, spec. al § 4, ma *passim* e, dello

mezzo cioè della produzione di *regole normative* – ché di questo, piaccia o no, si tratta – espressive di una ora maggiore ed ora minore discrezionalità valutativa⁵⁰. Ed è proprio laddove si sia in presenza di decisioni emblematicamente rappresentative della “creatività” dei giudici che si rende particolarmente evidente quello squilibrio di ordine istituzionale di cui si è venuti dicendo, ancora più vistoso poi se si tiene conto delle gravi, perduranti carenze al riguardo manifestate dagli organi della rappresentanza politica, con conseguenze negative di primo rilievo – come pure si è fatto notare – per il valore democratico, nel suo fare “sistema” con i valori fondamentali restanti.

5. Cambiare la forma di governo ovvero riformare ab ovo i partiti (e il sistema dagli stessi composto), in vista di un più adeguato appagamento dei diritti fondamentali?

Le notazioni fin qui svolte consentono di riguardare da una inusuale prospettiva la vessata questione, tornata ancora di recente al centro di un animato dibattito, relativa alla modifica della forma di governo⁵¹. Proprio qui, infatti, la generale tendenza sopra rilevata all’“accentramento” ha, forse, la sua più emblematica espressione. Non è, d'altronde, per mero accidente che il Governo Meloni si faccia portatore di un disegno volto alla elezione diretta del Presidente del Consiglio, in vista della sua trasformazione quale Primo Ministro a tutti gli effetti⁵². Si era, per

stesso, pure *ivi*, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, 4/2014, 10 ottobre 2014, nonché *Ermeneutica costituzionale e “massima attuazione della Costituzione”*, in AA.VV., *I rapporti civilistici nell’interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, a cura di P. Perlingieri e S. Gioia, ESI, Napoli 2018, 37 ss., spec. 43 ss.].

⁵⁰ Degli apprezzamenti discrezionali dei giudici oggi si discute molto, anche in relazione all’utilizzo di strumenti offerti dalla scienza e dalla tecnologia nel corso del processo ed all’incidenza da essi esercitata sulla decisione [v., da ultimo, A. VALSECCHI, *Il nuovo volto della discrezionalità giudiziaria: prospettive e pericoli a partire dalla giurisprudenza americana sui risk assessment tools impiegati nel sentencing*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 17/2023, 12 luglio 2023, 303 ss.].

⁵¹ Tra i molti altri, v. i contributi al seminario di Roma del 17 maggio 2023 su *Riforme istituzionali e forma di governo. Un confronto*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), *Focus Riforme istituzionali e forma di governo*, 7 giugno 2023.

⁵² Così era, invero, qualificato già al tempo della Costituente, ma l’andamento della vicenda e, soprattutto, la sua conclusione testimoniano che la forma di governo delineata nella Carta non

vero, inizialmente pensato ad un mutamento istituzionale ancora più radicale, con la opzione per una forma di governo presidenziale: un'idea, questa, avverso la quale sono state avanzate da più parti argomentate e penetranti riserve, facendosi notare che la conversione della massima magistratura del Paese da organo di garanzia in organo di direzione politica avrebbe potuto rivelarsi foriera di inconvenienti assai gravi e, forse, anche far correre il rischio di una involuzione della stessa forma di governo.

Confesso che io pure non mi sono taciuto questa eventualità, con specifico riguardo al contesto politico che si ha da noi e che appare ben diverso da quello proprio degli Stati Uniti, in cui il presidenzialismo ha avuto la sua emblematica espressione e massima fioritura, mostrandosi pienamente compatibile con il carattere democratico dell'ordinamento⁵³.

Va, nondimeno avvertito che la soluzione istituzionale imperniata sulla elezione diretta del *Premier* incide significativamente sulla figura del Capo dello Stato, ove si consideri che verrebbe spogliato dei due massimi poteri di cui oggi dispone – la nomina del Presidente del Consiglio e, soprattutto, lo scioglimento anticipato delle Camere⁵⁴ – trasferiti, l'uno, direttamente al corpo elettorale e, l'altro, allo stesso *Premier*.

apparteneva di certo al *genus* del premierato, pur in una sua peculiare accezione (riferimenti al riguardo, volendo, nel mio *Il Consiglio dei ministri nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano 1981, spec. 53 ss. e 90 ss.).

⁵³ v., al riguardo, per tutti, AA.VV., *Il sistema costituzionale degli Stati Uniti d'America*, a cura di G. D'Ignazio, Wolters Kluwer - Cedam, Milano 2020, e C. BASSU - M. BETZU - F. CLEMENTI - G. COINU, *Diritto costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Giappichelli, Torino 2022. Ulteriori ragguagli sul punto, volendo, nel mio *Riforme costituzionali: quali e perché?*, in www.osservatoriosullefonti.it, 1/2023, 24 aprile 2023, 107 ss.

⁵⁴ Il primo potere, infatti, al ricorrere di talune condizioni di contesto e in forza dell'esito della prova elettorale, potrebbe rivelarsi inespessivo di discrezionalità valutativa, dovendo il Capo dello Stato dare corso alla indicazione venutagli dalle forze politiche uscite vittoriose dalla prova stessa, salvo il caso-limite astrattamente immaginabile che gli sia fatto il nome di una persona impresentabile. Non si dimentichi che anche in relazione alle nomine dei Ministri il Quirinale ha talora esercitato un sindacato non meramente formale, come ad es. nel noto caso Savona. Il secondo potere, di contro, appare racchiudere al proprio interno un potenziale di discrezionalità ora più ed ora meno significativo.

Il vero è che – come si è fatto altrove notare⁵⁵ – c'è nelle forze politiche di centro-destra una voglia irrefrenabile di un "capo", sulla cui persona appunto "accentrare" il potere della direzione politica. Non sarà pure – a prendere per buone talune dichiarazioni d'intenti fatte da autorevoli esponenti della maggioranza, a partire dalla stessa G. Meloni – un nostalgico rimpianto per il passato regime autoritario imperniato sulla figura del Duce-Capo del Governo⁵⁶; sicuro è, tuttavia, il proposito di appuntare sul *Premier* il potere di tracciare in sovrana solitudine la linea della direzione politica, portandosi dunque ben oltre la soglia entro la quale si mantiene il modello anglosassone, tant'è che, diversamente da quest'ultimo, si vorrebbe da noi dotare il *Premier* di una legittimazione popolare diretta di cui è – secondo modello – privo il Primo Ministro inglese.

Il voto popolare – sia chiaro – ha un suo significato che non può essere, in alcun caso o modo, trascurato, tanto più laddove l'elezione diretta del *Premier* dovesse risultare prescritta dalla Carta allo scopo opportunamente novellata. Va, nondimeno, tenuto altresì presente che di una *sostanziale* legittimazione popolare il *Premier* può ugualmente beneficiare, anche in difetto di una previsione costituzionale in tal senso, laddove dovesse aversi riscontro della sua designazione antecedente alla prova elettorale da parte dello schieramento politico uscito da questa vittorioso.

Ad ogni buon conto, non può essere eluso l'interrogativo di fondo: si ha da noi un sistema politico che possa armonicamente conciliarsi con l'accentramento della direzione politica nella persona del "capo"?

A meno, infatti, di risultati clamorosi conseguenti alla innovazione istituzionale in parola ovvero legati alla regola convenzionale siglata dalle forze politiche e favorevole alla designazione suddetta, è verosimile pensare che anche per l'avvenire i Governi saranno da noi pur sempre di coalizione; e il *Premier*, pur essendo espressione del partito più forte di quest'ultima, dovrà pur sempre fare i conti con i *partners* di cui la stessa si compone.

⁵⁵ ... ancora nel mio scritto per ultimo richiamato

⁵⁶ ... secondo l'etichetta datagli dalla prima delle leggi "fascistissime", la 2263 del 1925.

Trovo insomma francamente singolare che si vada sempre di più diffondendo da noi il “mito” del premierato⁵⁷ e, dunque, si pensi di porre mano al trapianto di un modello istituzionale in ben altro contesto politico affermatosi, trascurando però le sostanziali differenze (di contesto, appunto) di cui si ha da noi riscontro rispetto ai Paesi in cui il modello in parola ha avuto modo di impiantarsi. Fa qui, in particolare, difetto quella semplificazione di quadro politico che invece connota i Paesi stessi né francamente si riesce a vedere alcun segno di una significativa, auspicata contrazione del pluripartitismo esasperato che è ad oggi proprio del nostro sistema politico, come pure dell’innalzamento del tasso di coesione interna alla coalizione maggioritaria, da cui in larga misura dipende la tenuta del Governo e della coalizione stessa.

Anche su questo punto è dato, per vero, registrare un equivoco diffusamente circolante. Si suole, infatti, ripetere viepiù stancamente che obiettivo primario delle riforme costituzionali in cantiere (e, segnatamente, della elezione diretta del *Premier*) sarebbe quello di assicurare la vagheggiata stabilità di Governo che, nel corso dell’esperienza repubblicana, si è dimostrata, pur con qualche eccezione, complessivamente carente⁵⁸.

Si trascura, tuttavia, un dato di cruciale rilievo, che merita di essere qui rammentato per il rilievo posseduto al fine della ricostruzione che si va ora facendo⁵⁹; ed è che ciò che conta davvero non è la stabilità *ut sic*, in sé e per sé considerata, bensì la stessa se ed in quanto accompagnata da una efficace azione di governo, in grado di farsi carico dei più diffusi ed avvertiti bisogni del corpo sociale e, dunque, in primo luogo dei diritti fondamentali, in specie civili e sociali, in linea con le indicazioni risultanti dalla Carta costituzionale, a partire da quelle discendenti dai principi fondamentali. Un Governo solido, anzi solidissimo, in

⁵⁷ ... del quale ha, non molto tempo addietro, tra gli altri discorso L. DELL’ATTI, *La premiership come mito. Suggestioni sulle evoluzioni della forma di governo italiana lungo i tentativi di un suo rafforzamento monocratico*, cit.

⁵⁸ Interessante il raffronto che può al riguardo farsi con le esperienze maturate in altri Paesi a governo parlamentare, delle quali riferisce ora S. TROILO, *La stabilità dei Governi nei regimi parlamentari europei: qualche riflessione alla luce dei dati statistici*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 1/2023, 11 gennaio 2023, 276 ss.

⁵⁹ Può vedersi rappresentato nel mio *Riforme costituzionali: quali e perché?*, cit.

grado di durare per l'intera legislatura, del quale però sia provata l'inefficienza a dar voce ai diritti in parola sarebbe la massima iattura, *dal punto di vista costituzionale* – si badi –, se non pure da quello politico, laddove ogni opinione, anche la più faziosa, in un ordinamento autenticamente democratico, merita comunque rispetto.

Non si può, insomma, ragionare delle novità istituzionali *in vitro*, astraendo cioè dal terreno politico su cui devono poggiare e mettere radici, sì da portare i frutti sperati, ma solo delle stesse *in vivo*, il contesto nel quale s'inscrivono facendosi, per questa parte, modello, parametro cioè di un sindacato di validità costituzionale secondo ragionevolezza⁶⁰.

Un sistema politico connotato da un pluripartitismo esasperato e da coalizioni di governo afflitte da una endemica, elevata competitività tra le forze politiche che le compongono appare, in breve, problematicamente compatibile con la concentrazione della direzione politica conseguente alla elezione diretta del *Premier*, la quale, ad ogni buon conto, nessuna garanzia sarebbe in grado di offrire in ordine alla attitudine dei futuri Governi a dare appagamento ai più avvertiti bisogni del corpo sociale, lungo il solco al riguardo tracciato nella Carta, in ispecie nei principi fondamentali.

Il vero è che, ancora prima che pensare a novità istituzionali che potrebbero rivelarsi artificiali e persino controproducenti, sarebbe opportuno porre finalmente mano ad una profonda riforma del sistema politico⁶¹. Solo che, in un ordinamento in cui i partiti si pongano davvero quali formazioni spontanee venute alla luce in seno al corpo sociale e per libera autodeterminazione di gruppi in esso

⁶⁰ È, poi, pur vero che l'esito infausto di siffatta verifica non può, chiaramente, tradursi nell'annullamento della disciplina con cui le novità istituzionali in parola siano state introdotte, tanto più se la stessa si rivesta delle forme costituzionali. Ancora una volta, tuttavia, il carattere prescrittivo della indicazione linearmente discendente dalla Carta non vien meno sol perché non si dà il modo per farle in concreto valere. Piuttosto, si assiste in congiunture siffatte ad adattamenti interpretativi degli enunciati, se del caso ad opera dello stesso giudice costituzionale, come ad es. si è avuto per la riscrittura del Titolo V operata nel 2001.

⁶¹ È, d'altronde, risaputo che – come si è opportunamente rilevato – si è soliti ad ondate ricorrere alla “retorica delle riforme come risposta alla crisi del sistema dei partiti” [P. BIANCHI, *L'ossessione riformatrice. Alcune osservazioni sul processo di revisione costituzionale permanente*, in *Oss. fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 2/2019, 1 ss., spec. 11 s.s. per il riferimento testuale].

costituitisi, la riforma in parola non può che muovere da sollecitazioni interne agli stessi partiti, presentandosi dunque quale genuina, profonda, incisiva autoriforma, produttiva di nuove *regolarità della politica*. È pur vero, però, che – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – tra queste ultime e le regole eteroprodotte, di ordine istituzionale, può intrattenersi (ed effettivamente s'intrattiene) un rapporto di mutua ricarica e feconda rigenerazione, le une dando la spinta per l'affermazione delle altre e, allo stesso tempo, da esse ricevendo ulteriore linfa per la loro compiuta maturazione ed affermazione.

Sono, infatti, da tempo persuaso che allo scopo, più (e prima ancora) di nuove regole costituzionali, tanto più se – come si è veduto – volte a determinare un mutamento sostanziale di forma di governo, giovi una disciplina complessivamente rifatta in materia elettorale, nuovi canoni dei regolamenti camerali, se del caso anche nuove regole da iscrivere nella legge 400 dell'88, tanto per la parte relativa ai rapporti tra Presidente del Consiglio e Ministri quanto in ordine all'adozione degli atti normativi del Governo, nonché – se ritenuto necessario – nel regolamento interno del Consiglio dei ministri, e via dicendo. Il piano al quale occorre porre mano nell'opera di rifacimento istituzionale è, dunque, quello subcostituzionale e solo marginalmente quello costituzionale⁶². Ancora prima (e di più), come si viene dicendo, si rende tuttavia necessario uno strutturale rivolgimento nei partiti e nel sistema dagli stessi composto, specie al fine di risolvere o, comunque, avviare a soluzione l'annosa ed inquietante questione relativa alla carenza di democrazia interna ai partiti stessi⁶³.

⁶² ... al quale – come si è altrove prospettato – potrebbe, ad es., introdursi la sfiducia costruttiva o altro meccanismo di stabilizzazione, senza nondimeno trascurare le riserve sopra manifestate nei riguardi degli ingranaggi in parola, dai quali soltanto non è da attendersi alcun sostanziale beneficio.

⁶³ ... a riguardo della quale, dopo G. VECCHIO, *I partiti*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, diretto da P. Perlingieri, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2016, e, dello stesso, *Contribuzione economica privata ai partiti, metodo democratico, libertà "nei" e "dei" partiti*, in *Scritti in onore di A. Ruggeri*, cit., V, 4547 ss., riferimenti, ora, in G. DONATO, *Modello costituzionale dei partiti politici e sindacato giurisdizionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2023; G. MAESTRI, *Riformare (con) i partiti: orizzonti e spazi*, in *Astrid* (www.astrid-online.it), 11/2023, 1 ss., e S. STAIANO, *Democrazia dei partiti e forma di governo*, cit.

Qui è, però, il *punctum crucis* della questione ora discussa, dal momento che i partiti sembrano ormai afflitti da una crisi profonda, forse per vero irreversibile, di cui si hanno plurime, convergenti e incontrovertibili testimonianze, di cui mi limito qui ad elencare solo quelle che ai miei occhi appaiono essere le più attendibili.

Si pensi, dunque, alla circostanza per cui gli stessi partiti hanno a volte orgogliosamente rivendicato per sé il merito di aver proposto a cariche di governo di primo piano, a partire da quella di Presidente del Consiglio, personalità non politiche: quasi che sia da considerare un titolo di merito aver dovuto fare al riguardo ricorso all'esterno del circuito politico, non riuscendosi pertanto a trovare in seno ad esso alcun soggetto in grado di ricoprire degnamente le cariche suddette. Lo stesso Capo dello Stato si è trovato costretto, in alcuni momenti particolarmente sofferti della storia repubblicana, a dover far luogo a Governi meramente "tecnici" – come sono usualmente (e sia pure con una qualche improprietà di linguaggio) etichettati –, tra i quali di recente quello a guida Draghi⁶⁴.

Ciò che, ad ogni buon conto, più di ogni altra cosa merita attenta considerazione è la circostanza per cui i partiti di oggi, diversamente da quelli del passato, non riescono ad esprimere un ceto politico adeguato alla mole imponente di compiti cui è necessario far fronte.

La questione è di ordine culturale, dal momento che culturale – come si è qui pure fatto poc'anzi notare – è il degrado della rappresentanza politica, testimoniato di già dal linguaggio adoperato persino da alcuni autorevoli componenti delle Camere e del Governo, al confronto con quello che figurava in bocca ad esponenti politici di un tempo. Un degrado che ha, poi, la sua emblematica rappresentazione nella incapacità, ormai acclarata, di elaborazione da parte dei partiti di organici ed incisivi progetti di sviluppo della società. È pur vero che ciò è, in parte, ostacolato dalle soffocanti, continue emergenze cui si è fatto cenno che, sopravvenendo o riacutizzandosi all'improvviso, possono incidere negativamente sugli sforzi al

⁶⁴ Dei "Governi del Presidente" ha, di recente, trattato S. BONFIGLIO, *Designazione, investitura e nomina del Premier nelle costituzioni del secondo dopoguerra e il caso italiano dei "governi di matrice presidenziale"*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 4/2022, 717 ss.

riguardo prodotti⁶⁵. Le emergenze, nondimeno, non possono essere strumentalmente utilizzate a mo' di alibi per dare "copertura" a difetti strutturali del sistema dei partiti, dalle risalenti e ramificate radici, formatesi dunque ancora prima che le emergenze stesse si manifestassero. Le responsabilità gravanti sui partiti stessi, insomma, restano vistose ed incontrovertibili, e non meritano pertanto di essere sottostimate facendo riferimento a fattori di ordine esterno ai partiti stessi⁶⁶.

L'incapacità di progettazione in parola ha, poi, la sua immediata e diretta proiezione nell'azione dei partiti e di chi li rappresenta in seno alle istituzioni. A farne le spese sono, infatti, una volta di più i diritti fondamentali, specie quelli la cui salvaguardia risulta strettamente legata alla progettazione suddetta, vale a dire i diritti in campo economico-sociale. Lavoro, scuola, casa, sanità, soccorso in mare ed assistenza ai migranti sono gli ambiti nei quali maggiormente vistose si sono rivelate le carenze in parola, con conseguenze fortemente penalizzanti specie per le persone maggiormente vulnerabili ed esposte e, proprio per ciò, più meritevoli di cure, di prestazioni di solidarietà, d'integrazione sociale⁶⁷.

⁶⁵ Si pensi, ad es., a ciò che ha rappresentato l'esplosione della guerra in Ucraina, con i micidiali, perversi effetti (specie di ordine economico) derivanti dalle sanzioni applicate alla Russia.

⁶⁶ Una strategia politica di frequente riscontro è, infatti, quella di imputare alla Costituzione responsabilità che questa non porta, comunque non nella misura risultante dai discorsi ricorrenti in ambiente politico. Si è, insomma, soliti fare un uso congiunturale – come lo si è altrove qualificato [già nel mio *Il federalismo all'italiana e l'uso "congiunturale" della Costituzione*, Intervento all'incontro di studio su *Riforme costituzionali: questioni di metodo*, in *Forum di Quad. cost.* (www.forumcostituzionale.it), 9 luglio 2001, e quindi in altri scritti] – della Costituzione e della sua forza.

⁶⁷ Sulle plurime accezioni della vulnerabilità, in ragione dei campi materiali di esperienza in cui se ne ha riscontro, v., *ex plurimis*, AA.VV., *Alle frontiere della vita. Eutanasia ed etica del morire*, a cura di M. Gensabella Furnari, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), I (2001) e II (2003), e, della stessa M. GENSABELLA FURNARI, *Vulnerabilità e cura. Bioetica ed esperienza del limite*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ) 2008, e, ora, *Il paradosso della vulnerabilità*, in *Medicina e Morale* (www.medicinaemorale.it), 4/2022, 9 dicembre 2022, 425 ss. e *Lineamenti di una bioetica della cura. Ripensando l'esperienza della pandemia*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ) 2023, nonché, tra gli altri, R. FATTIBENE, *Povertà e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020; V. LORUBBIO, *La tutela dei soggetti vulnerabili*, in *DPCE online* (www.dpceonline.it), 2020, 20 aprile 2020, 661 ss.; B. PASTORE, *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, Giappichelli, Torino 2021; P.F. BRESCIANI, *Chi sono i "vulnerabili" che l'art. 579 c.p. deve proteggere?* in AA.VV., *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotta - P. Veronesi, in *Forum di Quad. cost.* (www.forumcostituzionale.it), 1/2022, 45 ss.; B. MAGRO, *A proposito di tutela delle "altre" situazioni di vulnerabilità da tutelare: un*

Sono da tempo persuaso (e vado, anzi, sempre di più radicandomi nel convincimento) che soprattutto la scuola e gli uomini di cultura in genere portino responsabilità non lievi per questo stato di cose: in particolare, per non aver fatto fino in fondo opera di sensibilizzazione sociale in ordine a ciò di cui hanno veramente bisogno la comunità e le istituzioni al fine di potersi rigenerare *ab ovo*, all'insegna dei valori che stanno a base della Repubblica. E uguali responsabilità gravano su chi non ha saputo o voluto far luogo ad una riforma strutturale della scuola, della formazione del corpo docente, dei metodi e programmi d'insegnamento. Forse, se ciò fosse stato fatto o si facesse un domani a modo, anche i partiti, che pur sempre si formano in seno al corpo sociale e sono composti da persone estratte da questo, avrebbero potuto ricevere suggestioni ed indicazioni utili per una soddisfacente autoriforma.

Come si vede, anche le riforme costituzionali in genere e quelle della forma di governo in ispecie sono solo un tassello del quadro complessivo, risultando legate a filo doppio a quelle innovazioni di ordine strutturale in seno ai partiti e, più largamente, alla società nel suo insieme, cui si è qui fatto cenno. Tutte le riforme, ad ogni buon conto, richiedono pur sempre – come si è tentato di mostrare – di essere

raffronto tra Corti costituzionali, in *Giust. ins.* (www.giustiziainsieme.it), 28 aprile 2022; P. SCARLATTI, *I diritti delle persone vulnerabili*, Editoriale Scientifica, Napoli 2022, e, dello stesso, ora, *Soggetti deboli, Costituzione ed istanze della vulnerabilità*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 1/2023, 30 aprile 2023, 266 ss.; A. PUGIOTTO, *Eutanasia referendaria. Dall'ammissibilità del quesito all'incostituzionalità dei suoi effetti: metodo e merito nella sent. n. 50/2022*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2/2022, 27 maggio 2022, 89 ss.; v., inoltre, i contributi al forum su *Vulnerabilità e autodeterminazione. A proposito della sent. n. 50 del 2022*, che sono in *Biolaw Journal* (www.biodiritto.org), 2/2022, 15 luglio 2022, 19 ss. Quanto alla condizione dei disabili e al loro diritto alla socializzazione specie per il tramite della scuola, v., part., C. COLAPIETRO, *La scuola inclusiva della nostra Costituzione "personalista", che riconosce e garantisce il "valore della persona" e la "persona come valore"*, cit., 1135 ss.; in termini generali, v., poi, D. PICCIONE, *Costituzionalismo e disabilità. I diritti delle persone con disabilità tra Costituzione e Convenzione ONU*, Giappichelli, Torino 2023, e C. SAGONE, *La tutela della disabilità secondo il modello bio-psico-sociale*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 1/2023, 11 gennaio 2023, 225 ss. V., infine, con specifico riguardo alla c.d. "povertà energetica", i contributi di K. GALICZ, *Solidarietà nel settore energetico: Prospettive e strumenti dell'Unione europea per contrastare la povertà energetica*; R. LIMONGELLI, *Navigating the AI Paradox: Tackling Energy Poverty and Reducing Environmental Impact through Sustainable Artificial Intelligence Development*; L. SPOSINI, *The European strategy against energy poverty: the new prosumer between lights and shadows*, e E. VIRARDI, *Le misure di contrasto alla povertà energetica alla luce dell'approccio socio-cognitivo*, tutti in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 2/2023, 10 luglio 2023, rispettivamente, 497 ss., 518 ss., 535 ss. e 555 ss.

riviste *dal punto di vista dei diritti fondamentali* o – il che è praticamente lo stesso – da quello *della Costituzione*, facendosi apprezzare unicamente laddove si diano argomenti a loro sostegno che ne dimostrino il carattere servente per gli uni e per l'altra.

dirittifondamentali.it

I colloqui in carcere e il complesso (ma necessario) bilanciamento tra tutela della sicurezza e diritti di detenuti e minori. Brevi note a Corte cost., sent. n. 105 del 2023

di
Daniele Coduti*

Sommario: 1. Detenuti in regime speciale e colloqui con i minori: un intreccio di interessi confliggenti. – 2. Il quadro normativo dei colloqui dei detenuti sottoposti al regime differenziato. – 3. La posizione della Corte di Cassazione sul regime dei colloqui con i minori. – 4. Le due questioni di legittimità costituzionale sollevate dal magistrato di sorveglianza di Spoleto. – 5. La sentenza n. 105 del 2023 della Corte costituzionale. – 6. Una pronuncia tutt'altro che inutile, ma con effetti da verificare.

1. Detenuti in regime speciale e colloqui con i minori: un intreccio di interessi confliggenti

La Corte costituzionale si è pronunciata con la sentenza n. 105 del 2023 sulla disciplina dei colloqui tra i detenuti soggetti al regime speciale di cui all'art. 41-*bis* della l. n. 354 del 1975 e i loro figli e nipoti minori d'età. Tali colloqui – anche alla luce delle disposizioni emanate dal dipartimento dell'amministrazione penitenziaria – si svolgono osservando particolari cautele volte a contrastare il passaggio di oggetti tra le persone, che cambiano anche sulla scorta dell'età dei minori coinvolti.

Tuttavia, la disciplina in questione può rivelarsi prevalentemente orientata a garantire l'ordine e la sicurezza, sottovalutando, da un lato, i diritti di detenuti che, in quanto sottoposti al regime differenziato, possono subire misure detentive talvolta inutilmente limitative dei pochi diritti esercitabili da chi si trova ristretto in

* Professore associato di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Foggia.

carcere¹; dall'altro, i diritti dei minori con genitori che scontano una pena detentiva in un istituto carcerario, i quali, anche a causa della giovane età, subiscono di riflesso le conseguenze del regime carcerario cui sono sottoposti i genitori².

Con la sentenza n. 105 i giudici costituzionali hanno rigettato le questioni di legittimità costituzionale, ma con una decisione interpretativa che pare di indubbio interesse, soprattutto per l'impatto che potrebbe avere sull'applicazione delle regole relative al regime dei colloqui cui si sta facendo riferimento; pertanto, è opportuno esaminare la disciplina di tali colloqui e le modalità della sua attuazione, soffermandosi, poi, sulle questioni di legittimità costituzionale e sulla decisione della Corte costituzionale, anche al fine di valutarne le possibili conseguenze.

2. Il quadro normativo dei colloqui dei detenuti sottoposti al regime differenziato

Per comprendere adeguatamente i termini della questione, è necessario innanzitutto definire il quadro delle regole che disciplinano il regime delle visite ai detenuti sottoposti al regime differenziato di cui all'art. 41-bis della l. n. 354 del 1975³. Tale regime comporta l'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna, con riguardo principalmente alla necessità di prevenire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento, contrasti con elementi di organizzazioni contrapposte, interazione con altri detenuti o internati appartenenti alla medesima organizzazione ovvero ad altre a essa alleate⁴.

¹ Sulla distinzione tra diritti dei detenuti e loro facoltà, F. BIONDI, «Piccoli gesti di normalità quotidiana», *umanità della pena e finalità rieducativa. Nota alla sentenza n. 97 del 2020*, in *Nomos*, 2020, n. 3, part. p. 7.

² Sul punto, si v. M. LABRIOLA, *Carta dei diritti dei Figli di genitori detenuti*, in *Osservatorio nazionale sul diritto di famiglia*, 2018, pp. 1 ss.

³ Per lo sviluppo della disciplina dei colloqui si v. G. MASTROPASQUA, *I colloqui visivi con figli e nipoti minorenni della persona sottoposta al regime penitenziario differenziato ex art. 41 bis legge 26 luglio 1975 n. 354*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2014, n. 1, part. pp. 230 ss. Utile anche in rinvio a M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, pp. 75 ss.

⁴ Art. 41-bis, co. 2-quater, lett. a, l. 345/1975. Lo specifico obiettivo cui tale disciplina tende dovrebbe far ritenere pertanto «fuorviante» l'espressione "carcere duro", comunemente utilizzata per riferirsi al regime di cui al citato art. 41-bis, come osserva M. MENGOZZI, *Stato di*

Con specifico riferimento ai colloqui, la citata disposizione prevede un colloquio al mese da svolgersi a intervalli di tempo regolari e in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti; sono però vietati i colloqui con persone diverse da familiari e conviventi, salvo casi eccezionali determinati volta per volta dal direttore dell'istituto o dall'autorità giudiziaria competente; i colloqui sono sottoposti a controllo auditivo e a registrazione, previa motivata autorizzazione dell'autorità giudiziaria; i colloqui sono comunque video-registrati⁵.

Si tratta di una disciplina particolarmente limitativa dei diritti dei detenuti soggetti al regime speciale, con dubbi che riguardano innanzitutto il numero dei colloqui⁶, tanto da ostacolare il diritto dei detenuti alle relazioni familiari e affettive, fondamentali ai fini dell'obiettivo della risocializzazione⁷. Tuttavia, la disposizione normativa non fa alcun riferimento all'utilizzo del vetro divisorio a tutta altezza come (unico) strumento da utilizzare per impedire il passaggio di oggetti, né esplicita se e quali differenze debbano riguardare il regime dei colloqui sulla scorta dell'età di familiari e conviventi.

Tali previsioni sono attualmente concretizzate da una circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del 2017⁸, la quale definisce «in maniera certosina»⁹ le modalità dei colloqui in questione, prevedendo: «Lo svolgimento dei colloqui visivi avviene presso locali all'uopo adibiti, muniti di vetro a tutta altezza, tale da non consentire il passaggio di oggetti di qualsiasi specie, tipo o dimensione. Il chiaro ascolto reciproco da parte dei colloquianti sarà garantito con le attuali strumentazioni all'uopo predisposte. In una prospettiva di bilanciamento di

detenzione e diritti costituzionali, in D. MORANA (a cura di), *I diritti costituzionali in divenire*, 2^a ed., Napoli, 2023, p. 105.

⁵ Art. 41-bis, co. 2-quater, lett. b, l. 345/1975.

⁶ Si v., in proposito, L. PACE, *Libertà personale e pericolosità sociale: il regime degli articoli 4-bis e 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in M. RUOTOLO, S. TALINI (a cura di), *Dopo la riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, vol. II, nuova ed., Napoli, 2019, p. 467.

⁷ In questo senso A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2016, p. 236.

⁸ Si tratta della circolare DAP 2 ottobre 2017, n. 3676/6126, sulla quale V. MANCA, *Il DAP riorganizza il 41-bis o.p.: un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017.

⁹ Come afferma M. NESTOLA, *Il diritto alla comunicazione e quello all'affettività dei detenuti al 41-bis*, in *Giurisprudenza penale*, 2020, n. 1-bis, p. 23.

interessi di pari rilevanza costituzionale, tra tutela del diritto del detenuto/internato di mantenere rapporti affettivi con i figli e i nipoti e quello di garantire la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, il detenuto/internato potrà chiedere che i colloqui con i figli e con i nipoti in linea retta minori di anni 12, avvengano senza vetro divisorio per tutta la durata, assicurando la presenza del minore nello spazio riservato al detenuto e la contestuale presenza degli altri familiari dall'altra parte del vetro. Detto colloquio è sottoposto a videoregistrazione ed ascolto, previo provvedimento motivato dell'A.G. Il posizionamento del minore nello spazio destinato al detenuto/internato dovrà avvenire evitando forme di contatto diretto con ogni familiare adulto. In ogni caso il predetto posizionamento e la successiva riconsegna del minore ai familiari, dovrà avvenire sotto stretto controllo da parte del personale di polizia addetto alla vigilanza, con le cautele e gli accorgimenti del caso, al fine di contemperare le esigenze di sicurezza con quelle del minore e lo stato di disagio in cui lo stesso può venirsi a trovare»¹⁰.

La circolare, dunque, concretizza la previsione normativa di cui al citato art. 41-bis, individuando nel vetro divisorio a tutta altezza lo strumento idoneo a impedire il passaggio di oggetti e contemplando la possibilità di evitarne l'utilizzo solo per i colloqui con figli e nipoti in linea retta minori di dodici anni, su richiesta del detenuto e nel rispetto di ulteriori misure di controllo. In tal modo, l'amministrazione penitenziaria, nell'esercizio dei suoi poteri organizzativi, definisce il contenuto della disposizione legislativa, ma in maniera tale da incidere sui diritti dei soggetti coinvolti, restringendoli.

Tuttavia, la circolare afferma anche: «Eventuali richieste di colloquio prolungato per motivi eccezionali ovvero di deroghe al regime speciale (colloqui straordinari, colloqui senza vetro, etc.), saranno inoltrate, corredate da tutta la necessaria documentazione, alla Direzione Generale dei Detenuti e del Trattamento per la valutazione da parte dell'on. Ministro della Giustizia. Il detenuto/internato ammesso al colloquio non può portare con sé alcun oggetto, tranne un pacchetto di fazzolettini di carta sigillati ed una bottiglia di acqua sigillata priva di etichetta, e

¹⁰ Art. 16 circolare DAP 2 ottobre 2017, cit.

sarà perquisito con l'ausilio di metal-detector prima e dopo la fruizione del colloquio stesso. La perquisizione manuale è consentita soltanto quando sussistano comprovate ragioni di sicurezza sulla sussistenza delle quali – contestualmente alla effettuazione della perquisizione – dovrà essere redatta apposita relazione di servizio attestante le motivazioni dell'attività compiuta»¹¹. Si tratta di enunciazioni rilevanti, poiché comportano la possibilità di prevedere delle deroghe al regime ordinariamente previsto, rispetto alle quali sono però contemplate ulteriori misure di sicurezza.

A conferma di ciò, si consideri anche che, sebbene ai soggetti detenuti in regime speciale siano vietati i colloqui con persone diverse dai familiari, la circolare prevede comunque la possibilità di prevedere delle eccezioni, da determinare volta per volta¹².

Peraltro, come si è già accennato, durante la pandemia la possibilità di svolgere colloqui tra figli e minori in linea retta che non avessero compiuto ancora dodici anni e detenuti soggetti al regime speciale è stata sospesa, in quanto la separazione con un vetro divisorio a tutta altezza è servita non solo a evitare il passaggio di oggetti, ma anche la propagazione del *virus* da SARS-CoV-2.

3. La posizione della Corte di Cassazione sul regime dei colloqui con i minori

Il complesso di regole così delineato è stato contestato dinanzi ai giudici ordinari da parte di vari detenuti, il che ha condotto la Corte di Cassazione a occuparsene. In particolare, in una sentenza del 2021¹³, la Suprema Corte ha respinto il ricorso di un detenuto che lamentava di non poter avere colloqui con il figlio che aveva più di dodici anni senza il pannello divisorio isofonico. I giudici della Cassazione hanno confermato che i colloqui visivi costituiscono un fondamentale diritto del detenuto alla vita familiare e al mantenimento di relazioni con i più stretti congiunti, riconosciuto da numerose disposizioni dell'ordinamento

¹¹ Art. 16 circolare DAP 2 ottobre 2017, cit.

¹² Art. 16.1 circolare DAP 2 ottobre 2017, cit.

¹³ Il riferimento è a Cass. pen., Sez. I, sent. 3 novembre 2021, n. 46719.

penitenziario¹⁴ e che presenta un saldo radicamento sul piano costituzionale¹⁵ e internazionale¹⁶, sicché, le limitazioni all'esercizio di tale diritto devono essere previste dalla legge e devono essere giustificate da esigenze di pubblica sicurezza, di ordine pubblico e prevenzione dei reati, di protezione della salute, dei diritti e delle libertà altrui¹⁷.

Di conseguenza, il diritto ai colloqui è pacificamente riconosciuto anche ai ristretti sottoposti al regime differenziato dell'art. 41-*bis* della l. n. 354 del 1975, ai quali, nondimeno, si applicano disposizioni maggiormente restrittive giustificate dalle esigenze di tutela dell'ordine e della sicurezza sottese al regime differenziato, poiché, laddove tali esigenze difettassero, i limiti in questione potrebbero essere in contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost. In tale ottica, la possibilità di avere colloqui senza il vetro divisorio solo con i figli e nipoti in linea retta che non abbiano ancora compiuto dodici anni rappresenterebbe un esercizio non irragionevole della discrezionalità riconosciuta all'amministrazione penitenziaria, riconducibile alla necessità di non pregiudicare le esigenze di controllo per effetto di un'eccessiva dilatazione della platea dei soggetti ammessi al colloquio con modalità derogatorie rispetto alle cautele ordinarie previste dalla richiamata disposizione legislativa, ovvero in locali muniti di vetro divisorio.

In tal modo, secondo i giudici della Suprema Corte, si sarebbe raggiunto un prudente temperamento tra esigenze di rango costituzionale in potenziale conflitto, che consentirebbe di non ravvisare alcun contrasto con i principi della giurisprudenza convenzionale, i quali hanno sempre riconosciuto la legittimità di misure restrittive, anche incidenti sulle relazioni familiari, quando gli incontri con i

¹⁴ Cfr. gli artt. 28, 18, 15 e 1, l. 345/1975, ma anche gli artt. 61, co. 1, lett. *a*, e 73, co. 3, d.p.r. 230/2000.

¹⁵ Cfr. Cass. pen., Sez. I, sent. 3 novembre 2021, cit., che richiama gli artt. 29, 30 e 31 Cost.

¹⁶ Cfr. Cass. pen., Sez. I, sent. 3 novembre 2021, cit., che fa riferimento all'art. 8 CEDU. In relazione alla tutela dei soggetti privati della libertà personale in ambito internazionale, è possibile richiamare anche due atti dell'ONU: *The United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, *General Assembly resolution 70/175*, consultabile in www.unodc.org, (si v., in part., *Rule 58*), e la Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, adottata dall'Assemblea generale il 10 dicembre 1984, la cui esecuzione in Italia è stata disposta con l. 498/1988.

¹⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. I, sent. 3 novembre 2021, cit., che richiama sia Cass. pen., Sez. I, sent. 22 giugno 2020, n. 23819, sia Corte Edu, sez. I, 4 febbraio 2003, *Van der Ven c. Paesi Bassi*.

congiunti possano essere utilizzati quale veicolo di trasmissione di ordini e istruzioni all'esterno degli istituti penitenziari e quando, dunque, dette misure siano strettamente funzionali al soddisfacimento delle finalità connesse alla prevenzione di reati¹⁸.

Merita di essere osservato che, sempre secondo la Corte di Cassazione, la modifica della formulazione dell'art. 18, co. 3, della l. n. 354 del 1975 introdotta nel 2018¹⁹, secondo cui «[p]articolare cura è dedicata ai colloqui con i minori di anni quattordici», non influirebbe sui colloqui in questione in quanto non destinata a innovare la disciplina dettata per i detenuti e gli internati sottoposti al regime differenziato di cui all'art. 41-*bis* della l. n. 354 del 1975.

La Corte di Cassazione, dunque, guarda con favore al complesso di regole riguardanti i colloqui tra familiari e detenuti soggetti al regime del citato art. 41-*bis*, ma si tratta di una lettura che solleva almeno due perplessità: da un lato, non sembra tenere adeguatamente conto della portata complessiva della circolare del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del 2017, la quale consente espressamente delle deroghe al restrittivo regime dei colloqui, seppure da valutare volta per volta; dall'altro, sembra sottovalutare il rilievo dei diritti dei minori coinvolti nei colloqui con i parenti detenuti, rispetto ai quali la novella del 2018 – sebbene non riferita ai detenuti soggetti al regime speciale – sembra comunque fornire un orientamento tendente a valorizzarli.

L'interpretazione della Corte di Cassazione, tuttavia, è particolarmente significativa per la sua capacità di orientare l'applicazione di tali regole da parte dei giudici di merito²⁰, con conseguenti ricadute sui diritti dei soggetti coinvolti; ciò potrebbe giustificare un ricorso alla Corte costituzionale da parte di tali giudici al

¹⁸ In questo senso Cass. pen., Sez. I, sent. 3 novembre 2021, n. 46719, che richiama Corte Edu, sez. II, 19 gennaio 2010, *Montani c. Italia*; Grande Camera, 17 settembre 2009, *Enea c. Italia*; sez. II, 12 gennaio 2010, *Mole c. Italia*, quest'ultima relativa anche all'utilizzo del vetro isofonico per separare fisicamente il detenuto dai familiari; sez. II, 13 novembre 2007, *Schiavone c. Italia*.

¹⁹ Dal d.lgs. 123/2018.

²⁰ Ma già prima della circolare DAP del 2017 si v., a titolo di esempio, Mag. Sorv. Udine, ord. 10 dicembre 2015, e la nota di F. PICOZZI, *I colloqui dei detenuti "41-bis" con i figli e i minori di anni dodici. La (non) inderogabile presenza del vetro divisorio*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2015, n. 2, pp. 159 ss.

fine di ottenere non tanto una declaratoria di incostituzionalità della fonte primaria impugnabile (l'art. 41-*bis*), bensì un'interpretazione del complesso di regole ad essa afferenti che consenta di tenere maggiormente conto dei diritti coinvolti.

4. Le due questioni di legittimità costituzionale sollevate dal magistrato di sorveglianza di Spoleto

Il complesso normativo considerato ragionevole dalla Corte di Cassazione è infatti contestato dal magistrato di sorveglianza di Spoleto, il quale solleva due questioni di legittimità costituzionale fondate sulle medesime ragioni e nelle quali si contesta la legittimità costituzionale dell'art. 41-*bis*, co. 2-*quater*, lett. *b*, della l. n. 345 del 1975 in riferimento agli artt. 3, 27, co. 3, 31 e 117, co. 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo²¹ e all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo²².

Nel merito, le due questioni di legittimità costituzionale derivano da due ordinanze del medesimo giudice²³, che riguardano i reclami di due detenuti soggetti al regime di cui all'art. 41-*bis* della l. n. 354 del 1975: in uno si lamenta l'impossibilità di avere colloqui con il figlio che ha più di dodici anni senza il vetro divisorio; nel secondo si contesta una preclusione analoga con riferimento al più piccolo dei nipoti di un altro detenuto, oltre all'impossibilità per quest'ultimo di abbracciare la moglie. In entrambi i casi, peraltro, i minori hanno raggiunto l'età di dodici anni durante la pandemia da Covid-19, ovverosia, in un periodo in cui – nonostante la giovane età – i colloqui con i parenti detenuti si svolgevano comunque con l'utilizzo del vetro divisorio per ostacolare la diffusione del *virus* all'interno delle strutture penitenziarie²⁴.

²¹ Fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con l. 176/1991.

²² In questo senso i dispositivi di entrambe le ordinanze: cfr. Mag. Sorv. Spoleto, ordd. 104 e 105/2022.

²³ Si tratta di Mag. Sorv. Spoleto, ordd. n. 104 e n. 105 entrambe datate 5 agosto 2022.

²⁴ Sulle restrizioni del regime dei colloqui connesse alla pandemia si v. A. LORENZETTI, *Il carcere ai tempi dell'emergenza Covid-19*, in *Osservatorio costituzionale*, 2020, n. 3, pp. 48 ss., e C. ESPOSITO, *Colloqui con i detenuti e mantenimento del rapporto con i familiari. Previsioni ordinarie e restrizioni a seguito delle norme anti Covid-19*, in *EXagere Rivista*, s.d., pp. 1 ss. Cfr. altresì C. cost., sent. 57/2021.

Secondo il giudice rimettente, la disposizione censurata avrebbe un significato inequivocabile, poiché, nello stabilire che l'unico colloquio mensile del detenuto in regime differenziato si svolga in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti, essa è stata univocamente interpretata nel senso che il colloquio deve avvenire in locali dotati di vetro divisorio a tutta altezza, essendo questa l'unica struttura fisica in grado di consentire ai familiari di guardarsi e parlarsi, ma al contempo di impedire il passaggio di oggetti, per come richiesto dal testo normativo²⁵. Per queste ragioni, la circolare del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del 2017 si porrebbe «in contrasto con la normativa primaria», in quanto non consentirebbe alcuna deroga – neppure per i minori infradodicenni – alla regola così dettata²⁶.

Una regola così rigida lederebbe, innanzitutto, il diritto della persona detenuta a mantenere rapporti effettivi con il proprio nucleo familiare, il cui rispetto è richiesto dai parametri costituzionali evocati nelle ordinanze. In particolare, risulterebbe compromesso il diritto a non subire una detenzione inumana, tale dovendosi considerare quella caratterizzata dall'assoluta privazione di ogni contatto fisico con figli e nipoti in età più giovane.

Inoltre, il divieto censurato non rispetterebbe i principî enunciati dalla giurisprudenza costituzionale²⁷, secondo cui le limitazioni imposte dal regime differenziato sono compatibili con gli artt. 3 e 27 Cost. solo in quanto giustificate da esigenze di tutela dell'ordine e della sicurezza. I soggetti in tenera età, infatti, non potrebbero ragionevolmente ritenersi strumentalizzabili quali vettori di informazioni, da e per l'esterno. Durante i colloqui con loro, perciò, sarebbe sufficiente l'ascolto accompagnato da audio e videoregistrazione del colloquio, già previsti dalla medesima disposizione²⁸.

Il divieto sospettato di illegittimità costituzionale, poi, non garantirebbe il rispetto del superiore interesse del minore, presidiato dagli artt. 31 e 117, co. 1, Cost.,

²⁵ Cfr. Mag. Sorv. Spoleto, ord. 104/2022.

²⁶ Così ancora Mag. Sorv. Spoleto, ord. 104/2022.

²⁷ In Mag. Sorv. Spoleto, ord. 104/2022 si richiamano C. cost., sentt. 97/2020, 186/2018, 143/2013 e 351/1996.

²⁸ Cfr. Mag. Sorv. Spoleto, ord. 104/2022.

quest'ultimo in relazione all'art. 3 della già citata Convenzione sui diritti del fanciullo. In forza di tale principio, si dovrebbe sempre accordare netta prevalenza ai diritti del minore sulle altre esigenze confliggenti. Per questo, in particolare durante l'età dello sviluppo, il rapporto fisico con il genitore non sarebbe sostituibile con un dialogo ostacolato da un vetro divisorio. Anche l'art. 8 CEDU, del resto, obbligherebbe lo Stato a evitare condizioni stressanti per i bambini durante i colloqui con i parenti, pure se detenuti in regime di massima sicurezza. Per il giudice rimettente, infatti, l'impedimento di ogni contatto fisico dei minori infraquattordicenni con i congiunti detenuti mediante l'imposizione del vetro divisorio a tutta altezza, in un momento ancora così delicato della loro crescita, sarebbe incompatibile con i principî costituzionali e convenzionali e, in particolare, con la necessità di contenere nel minimo, congruo e proporzionato, il sacrificio necessario richiesto nel bilanciamento con le esigenze di sicurezza²⁹.

Infatti, secondo il giudice *a quo*, in altre disposizioni dell'ordinamento penitenziario è rinvenibile l'indicazione di una soglia di età più ragionevole rispetto a quella del compimento di dodici anni al di sotto della quale consentire i colloqui senza separazione fisica. Ne sarebbe un esempio, in particolare, il co. 3 dell'art. 18 della l. n. 354 del 1975, come modificato dal già citato d.lgs. n. 123 del 2018, secondo cui «particolare cura è dedicata ai colloqui con i minori di anni quattordici». Tale limite d'età, peraltro, sarebbe indicato dal legislatore in plurime occasioni, come, ad esempio, per fissare la soglia dell'imputabilità e la conclusione del ciclo di scuola secondaria inferiore. Questa soglia d'età, insomma, individuerrebbe il momento in cui i minori acquisterebbero maggiore consapevolezza e sarebbero capaci di accettare la trasformazione in senso restrittivo delle modalità di esecuzione dei colloqui con i familiari detenuti³⁰.

²⁹ Cfr. ancora Mag. Sorv. Spoleto, ord. 104/2022.

³⁰ Si v. Mag. Sorv. Spoleto, ord. 104/2022. Merita di essere osservato che, secondo l'Avvocatura generale dello Stato, costituitasi nel giudizio di legittimità costituzionale, l'«esperienza criminologica» comproverebbe che, in contesti familiari mafiosi, la «maturazione di giovani puberi [...] può essere assai diversa da quella usuale di coetanei della stessa età in contesti di normalità»: cfr. C. cost., sent. 105/2023, pt. 9.1 ritenuto in fatto.

Pertanto, secondo il giudice rimettente, solo un intervento della Corte costituzionale consentirebbe di raggiungere il risultato che la circolare garantisce solo in parte e, comunque, in misura ridotta rispetto a quanto sarebbe costituzionalmente necessario.

Le questioni di legittimità costituzionali sollevate, la norma impugnata e le argomentazioni del giudice *a quo* sono piuttosto interessanti.

Infatti, sebbene l'autorità giudiziaria rimettente impugni l'art. 41-*bis*, co. 2-*quater*, lett. *b*, della l. n. 345 del 1975, quest'ultima disposizione non fa alcun riferimento al vetro divisorio, che è invece contemplato dalla circolare del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del 2017. Nondimeno, quest'ultima non rappresenta un atto con forza e valore di legge, in quanto tale impugnabile dinanzi alla Corte costituzionale in un giudizio di legittimità in via incidentale. Piuttosto, il giudice *a quo* avrebbe potuto cercare un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma legislativa che ritenesse maggiormente rispettosa dei parametri di costituzionalità cui fa riferimento nell'ordinanza di rimessione, ma di un tentativo ermeneutico di tale genere non v'è traccia nelle due ordinanze. Anzi, il giudice fa riferimento a «una disposizione normativa decisamente tranciante in senso negativo, che sembra interdire sempre e con chiunque i colloqui visivi senza vetro divisorio, e rispetto alla quale non appare residuare una discrezionalità amministrativa, anche ove volta a mitigare gli effetti potenzialmente incostituzionali della lettera della legge»³¹. Probabilmente, il giudice rimettente – più che del tenore letterale della disposizione legislativa – ha preso atto di una ricorrente interpretazione data dai giudici di merito alla disposizione in questione alla luce della circolare del 2017, avallata dalla Corte di Cassazione con la citata sentenza del 2021, talché ha ritenuto di adire la Corte costituzionale al fine di ottenere un autorevole sostegno a una diversa lettura della norma, senza “sfidare” quella che sembrerebbe l'interpretazione più diffusa nella giurisprudenza di merito e di legittimità.

³¹ Così Mag. Sorv. Spoleto, ordd. 104 e 105/2022.

Questa lettura dell'obiettivo del giudice *a quo* sembra trovare conferma nel riferimento contenuto nelle due ordinanze a un precedente relativo alla corrispondenza dei detenuti in regime speciale con i propri difensori e alla possibile interpretazione dell'art. 41-bis, co. 2-*quater*, lett. e, della l. n. 345 del 1975 nel senso di sottoporre a visto di controllo anche tale corrispondenza in assenza di un'espressa esclusione nella disposizione, rispetto al quale la Corte costituzionale ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata per contrasto con l'art. 24 Cost., nella parte in cui non esclude dalla sottoposizione a visto di censura la corrispondenza intrattenuta con i difensori»³².

D'altro canto, sebbene la disciplina riguardante i detenuti sottoposti al regime speciale sollevi sovente dubbi di legittimità con la Costituzione (oltre che con la CEDU), la Corte costituzionale è talvolta piuttosto cauta nel suo sindacato, ricorrendo non di rado a sentenze interpretative di rigetto, probabilmente anche per non delegittimare l'azione di contrasto alle associazioni mafiose svolta dallo Stato³³.

5. La sentenza n. 105 del 2023 della Corte costituzionale

La Corte costituzionale affronta la questione di legittimità costituzionale riunendo i giudizi, in quanto le «due ordinanze di rimessione censurano la stessa disposizione, evocano i medesimi parametri costituzionali ed offrono i medesimi argomenti a sostegno delle questioni sollevate»³⁴.

Prima di decidere la questione, la Corte ricorda di essersi già pronunciata più volte sul regime differenziato di cui all'art. 41-bis, co. 2, della l. n. 345 del 1975, ritenendo legittime quelle limitazioni ulteriori rispetto al regime dei detenuti comuni volte a impedire i collegamenti dei detenuti appartenenti alle organizzazioni criminali tra loro e con i membri di queste che si trovino in libertà,

³² Il riferimento è a C. cost., sent. 18/2022, sulla quale F. GIANFILIPPI, *La Corte costituzionale e la corrispondenza intrattenuta dal detenuto in regime differenziato con il proprio difensore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2022, n. 1, pp. 241 ss. Si v. anche circolare DAP 2 ottobre 2017, cit., art. 18.1.

³³ Sul punto, utili le osservazioni di L. PACE, *Libertà personale*, cit., p. 457.

³⁴ Così C. cost., sent. 105/2023, pt. 5 cons. dir.

purché finalizzate a garantire le esigenze di ordine e sicurezza; non è possibile, invece, disporre misure che, a causa del loro contenuto, «a quelle concrete esigenze non siano riconducibili poiché risulterebbero palesemente inadeguate o incongrue rispetto alle finalità del provvedimento che assegna il detenuto al regime differenziato»³⁵; misure di tal genere, infatti, assumerebbero «una portata puramente afflittiva non riconducibile alla funzione attribuita dalla legge al provvedimento ministeriale»³⁶. Inoltre, le restrizioni che accompagnano l'applicazione del regime differenziato, considerate singolarmente e nel loro complesso, non devono essere tali da vanificare del tutto la necessaria finalità rieducativa della pena e da violare il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità³⁷.

Tra queste restrizioni, quelle riguardanti i colloqui e il passaggio di oggetti sono particolarmente significative per impedire che i detenuti in regime speciale possano continuare a impartire direttive agli affiliati alle organizzazioni criminali che sono in stato di libertà, tanto che lo strumento per garantire tale esigenza è stato individuato nel c.d. vetro divisorio a tutta altezza.

Nondimeno, tale strumento non è espressamente previsto dalla legge, bensì frutto del margine di discrezionalità che spetta all'autorità amministrativa, la quale ha anche provato a bilanciare gli interessi in gioco nell'ambito dei colloqui dei detenuti soggetti al regime differenziato. Infatti, con una circolare del 1998³⁸, l'amministrazione penitenziaria aveva riconosciuto la possibilità per i detenuti soggetti al regime differenziato di svolgere i colloqui con i figli minori di sedici anni senza vetro divisorio. Tale soglia è stata rapidamente abbassata a dodici anni,

³⁵ Così C. cost., sent. 105/2023, pt. 7 cons. dir., che richiama le sentt. 186/2018 e 18/2022.

³⁶ Così ancora C. cost., sent. 105/2023, pt. 7 cons. dir., che richiama le sentt. 97/2020 e 351/1996.

³⁷ Cfr. C. cost., sent. 105/2023, pt. 7 cons. dir., che richiama le sentt. 349/1993, 351/1996, 376/1997, 149 e 186/2018. Osserva R. CALVANO, *Articolo 27*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana*, vol. I, 2^a ed., Bologna, 2021, pp. 200-201, che sarebbe necessaria «una revisione in chiave rieducativa dell'intero sistema penale e processuale penale», rimuovendo rigidità e automatismi legislativi «che non consentono di modulare la norma penale e la sua applicazione alla situazione concreta». Sulla concezione polifunzionale della pena si v. R. D'ALESSIO, in L. PALADIN, V. CRISAFULLI, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, p. 196. Infine, utile un rinvio a A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Rivista AIC*, 2014, n. 2, pp. 1 ss.

³⁸ Cfr. circolare DAP 6 febbraio 1998, n. 543884.

estendendo però l'eccezione anche ai nipoti in linea retta, purché infradodicenni³⁹; questo regime è stato confermato dalla più volte citata circolare del 2017, che è alla base dei dubbi del giudice *a quo*, secondo il quale, la disposizione impugnata imporrebbe l'utilizzo del vetro divisorio.

Rispetto a tale sistema, la Corte costituzionale riconosce che vengano in gioco diversi interessi di rilievo costituzionale, oltre a quelli di ordine e sicurezza: in particolare, occorre considerare sia che la pena non può contrastare con il senso di umanità di cui all'art. 27 Cost., sia con la tutela del preminente interesse del minore, che trova solidi ancoraggi nella Costituzione⁴⁰ e nel diritto internazionale⁴¹ e sovranazionale⁴². Quanto al primo interesse, la Corte ricorda che esso riguarda anche i detenuti soggetti al regime differenziato, come emerge altresì dalla sua stessa giurisprudenza⁴³. In merito all'interesse del minore, invece, i giudici costituzionali, per un verso, ricordano che – nella giurisprudenza della stessa Corte – esso si configura come interesse “preminente”⁴⁴, tale da incidere anche sulle norme dell'ordinamento penitenziario⁴⁵, tuttavia, per altro verso, osservano che neanche l'interesse del minore «forma oggetto di una protezione assoluta, insuscettibile di bilanciamento con contrapposte esigenze, pure di rilievo costituzionale, quali quelle di difesa sociale, sottese alla necessaria esecuzione della pena»⁴⁶, le quali sono particolarmente rilevanti nel caso dei detenuti soggetti al regime differenziato⁴⁷.

Alla luce del complesso di interessi coinvolti, la Corte costituzionale non ritiene che la disciplina impugnata dal giudice *a quo* sia da dichiarare incostituzionale. In effetti, come si è già osservato⁴⁸, l'art. 41-bis, co. 2-*quater*, lett. b,

³⁹ Si v. circolare DAP 20 febbraio 1998, n. 3470/5920.

⁴⁰ In part., nell'art. 31, co. 2, Cost.

⁴¹ Si v., in part., l'art. 3, co. 1, della già citata Convenzione sui diritti del fanciullo.

⁴² Cfr. art. 24, co. 2, Carta dei diritti fondamentali dell'Ue.

⁴³ Cfr. C. cost., sent. 351/1996.

⁴⁴ Cfr. C. cost., sent. 105/2023, pt. 9 cons. dir., che richiama le sentt. 239/2014, 17 e 76/2017, nonché 187/2019.

⁴⁵ Cfr. C. cost., sent. 17/2017.

⁴⁶ Così C. cost., sent. 174/2018, pt. 2.4 cons. dir. Si v. altresì la sent. 30/2022.

⁴⁷ In questo senso C. cost., sent. 105/2023, pt. 9 cons. dir.

⁴⁸ *Supra*, par. 2.

della l. n. 345 del 1975 non impone l'utilizzo del vetro divisorio, anzi, non vi fa affatto riferimento. Invero, la disposizione in questione indica un risultato da raggiungere, ovverosia quello di impedire il passaggio di oggetti durante i colloqui, ma non anche le modalità attraverso le quali perseguire tale risultato. Pertanto, secondo la Corte costituzionale, il dato testuale della disposizione censurata si presta a un'interpretazione adeguata ai parametri costituzionali coinvolti nella vicenda, poiché «non impone affatto in ogni circostanza l'impiego del vetro divisorio»⁴⁹. Dunque, secondo la Corte costituzionale, «[n]ella prospettiva dell'interpretazione adeguatrice illustrata, l'intervento richiesto dal rimettente non risulta necessario, neppure ai fini dell'estensione della platea dei soggetti minorenni da ammettere al colloquio in assenza di vetro divisorio. In presenza di una disposizione di legge che indica con chiarezza l'obiettivo – impedire il passaggio di oggetti – le soluzioni per raggiungerlo vanno necessariamente adeguate alla situazione concreta che l'amministrazione si trovi ad affrontare»⁵⁰.

Peraltro, i giudici della Consulta ritengono altresì che le circolari adottate dall'amministrazione penitenziaria non siano da considerarsi *contra legem*, poiché avrebbero il pregio di non contenere alcuna insuperabile rigidità, consentendo all'amministrazione in questione o alla magistratura di sorveglianza in sede di reclamo di adottare deroghe sia in senso più restrittivo (per gli infradodicenni) sia in senso più permissivo (per gli ultradodicenni) alla regola del vetro divisorio⁵¹.

Inoltre, secondo i giudici costituzionali, il legislatore potrebbe anche intervenire per «disciplinare in fonte primaria le modalità dei colloqui con i familiari, in particolare con i minori», ma dovrebbe comunque evitare «scelte rigide che potrebbero risultare non adeguate, per eccesso o per difetto, al cospetto delle specifiche esigenze evidenziate dal caso singolo»⁵².

Tuttavia, conclude la Corte, anche in assenza di intervento legislativo, alla luce dell'interpretazione da essa prescelta, risulta immune da vizi lo schema

⁴⁹ Così C. cost., sent. 105/2023, pt. 10 cons. dir.

⁵⁰ Così C. cost., sent. 105/2023, pt. 11 cons. dir.

⁵¹ Cfr. C. cost., sent. 105/2023, pt. 11 cons. dir.

⁵² Così C. cost., sent. 105/2023, pt. 11 cons. dir.

normativo riguardante i colloqui tra minori e detenuti soggetti al regime speciale: «la forza dei parametri costituzionali interni e sovranazionali evocati dallo stesso rimettente, il tenore letterale della disposizione di legge censurata, l'efficacia orientativa, per ciò solo derogabile, della soluzione contenuta nella circolare più volte richiamata, comportano infatti la non fondatezza, nei sensi precisati, di tutte le questioni sollevate»⁵³.

6. Una pronuncia tutt'altro che inutile, ma con effetti da verificare

La decisione della Corte presenta degli indubbi elementi di interesse.

Innanzitutto, la decisione stessa, nella quale si respinge la questione di legittimità con una sentenza interpretativa, affermando che il proprio intervento non sia necessario⁵⁴, pare invece confermare la sua utilità e quella delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dal giudice *a quo*. Invero, sebbene la decisione della Corte costituzionale sembri tenere correttamente conto del tenore letterale della disposizione impugnata, la quale non impone l'utilizzo del c.d. vetro divisorio, dalle ordinanze di rimessione e dalla giurisprudenza di merito e di legittimità sembra trasparire un appiattimento delle decisioni della magistratura (e, presumibilmente, dell'amministrazione penitenziaria) sulle modalità attuative dell'art. 41-bis, co. 2-quater, lett. b, della l. n. 345 del 1975 contenute nelle circolari del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, che pare, così, aver irrigidito l'interpretazione comunemente data alla norma di legge. Di fronte a un orientamento che sembrerebbe quantomeno prevalente se non consolidato, la decisione del giudice rimettente di richiedere l'intervento dei giudici costituzionali non pare inutile, poiché il giudice del giudizio principale, pur potendo autonomamente individuare un'interpretazione conforme a Costituzione che tenga conto dei diversi interessi di rilievo costituzionale coinvolti nella disciplina del sistema dei colloqui tra i detenuti sottoposti al regime speciale di cui al più volte citato art. 41-bis e i figli e nipoti minori d'età, ha probabilmente avvertito il rischio

⁵³ Così C. cost., sent. 105/2023, pt. 12 cons. dir.

⁵⁴ Esplicitamente in C. cost., sent. 105/2023, pt. 11 cons. dir.

di scontrarsi con un diverso orientamento diffuso tra i giudici di merito e avallato dalla Corte di Cassazione, talché, ha ritenuto di dover cercare il supporto autorevole della Corte costituzionale. In effetti, leggendo le ordinanze di rimessione, sembrerebbe che l'intento del giudice *a quo* non fosse quello di provocare una declaratoria di incostituzionalità dell'art. 41-bis, co. 2-quater, lett. b, della l. n. 345 del 1975, bensì di ottenere dai giudici costituzionali una pronuncia interpretativa, che – in un certo qual modo – lo legittimasse a interpretare il complesso normativo costituito dall'art. 41-bis e dalla circolare del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del 2017 in maniera più rispettosa degli interessi costituzionali coinvolti senza il rischio di vedere la propria decisione censurata dalla Corte di Cassazione. Se così fosse, il giudice *a quo* avrebbe ottenuto proprio il risultato atteso.

D'altro canto, nella giurisprudenza della Corte costituzionale si può riscontrare una tendenza a rendere le previsioni inerenti il regime speciale meno rigide, sottraendole a una sorta di applicazione automatica che non può tenere conto delle peculiarità del caso concreto e che rischia di contrastare con il principio di proporzionalità⁵⁵; sicché, l'iniziativa del giudice rimettente pare confortata anche sul piano dei precedenti giurisprudenziali⁵⁶.

Peraltro, considerando la tecnica decisoria della Corte costituzionale, si potrebbe osservare che, poiché i giudici hanno optato per una pronuncia interpretativa di rigetto anziché di accoglimento, essi hanno ritenuto che l'interpretazione restrittiva del regime dei colloqui del detenuto sottoposto al regime speciale non sia talmente consolidata da potersi configurare come diritto vivente. In effetti, la decisione della Corte può essere giustificata per più di una ragione: innanzitutto, si tratta della prima decisione che si è occupata specificatamente della questione, sicché, la sentenza potrebbe essere sufficiente a garantire un orientamento dei giudici di

⁵⁵ Sul collegamento tra gli artt. 3 e 27, co. 3, Cost., si v. D. GALLIANI, *Eguaglianza e rieducazione fanno il trattamento penitenziario, il resto è incostituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, n. 4, pp. 911 ss., che commenta C. cost., sent. 149/2018.

⁵⁶ Si v., al riguardo, le considerazioni di F. SIRACUSANO, *L'interpretazione costituzionalmente orientata preserva la legittimità del regime differenziato speciale applicato agli internati ma ne lascia indenni le criticità funzionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2021, n. 5, p. 2038, a commento di C. cost., sent. 197/2021; si v. anche le sentt. 149/2018 e 253/2019.

merito e di legittimità maggiormente attento a bilanciare i diversi interessi di rilievo costituzionale coinvolti; in secondo luogo, il tenore letterale della disposizione impugnata è tale da prestarsi agevolmente a un'interpretazione quale è quella offerta dalla Corte, senza bisogno di forzature semantiche; infine, la previsione che desta maggiori perplessità non è contenuta nella norma impugnata – l'art. 41-bis, co. 2-quater, lett. b, della l. n. 345 del 1975 –, bensì in un atto che non è sindacabile dinanzi alla Corte – la circolare del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del 2017 – e che, in più, letto nel suo complesso, si presta comunque a una lettura meno restrittiva di quella contestata⁵⁷, il che lascia un ampio margine di manovra in chiave interpretativa ai giudici costituzionali (nonché ai giudici di merito).

Passando a considerare gli interessi di rilievo costituzionale coinvolti nella vicenda riguardante i colloqui di cui all'art. 41-bis, co. 2-quater, lett. b, della l. n. 345 del 1975 (ordine e sicurezza, diritti dei detenuti sottoposti al regime speciale; diritti dei figli minori d'età dei detenuti⁵⁸), risulta evidente che essi possano entrare in contrasto tra loro, richiedendo la necessità di operare un bilanciamento volto a trovare un non semplice equilibrio destinato a garantire un contemperamento idoneo a evitare la totale compressione di un diritto a vantaggio degli altri⁵⁹.

Nel caso di specie, oltre all'esigenza di garantire l'esercizio dei pochi diritti che possono essere esercitati da chi si trova ristretto in carcere, ancor più quando il detenuto si trovi soggetto al regime speciale, particolare rilievo sembrano assumere i diritti dei figli e dei congiunti più stretti che siano minori d'età, configurandosi i colloqui con i figli minori alla stregua di «strumenti bivalenti, cioè funzionali all'interesse del detenuto-genitore ma anche a quelli del minore»⁶⁰.

⁵⁷ Come si è visto *supra*, par. 2.

⁵⁸ Ma viene in questione anche l'esigenza di tenere conto delle necessità dell'organizzazione penitenziaria: cfr. L. PRINCIPATO, *I diritti della sfera civile nella dimensione individuale*, in M. BENVENUTI, R. BIFULCO (a cura di), *Trattato di diritto costituzionale*, vol. III, *I diritti e doveri costituzionali*, Torino, 2022, p. 71.

⁵⁹ Sul punto S. TALINI, *L'affettività ristretta*, in M. RUOTOLO, S. TALINI (a cura di), *Dopo la riforma*, cit., p. 247, che richiama R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, pp. 81 ss.

⁶⁰ Così G. LANEVE, *Colloqui dei detenuti ex art. 41-bis con i figli minori e tribunale per i minorenni: una competenza che (ad oggi) non c'è*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2021, n. 2, p. 723.

Invero, i rapporti con i figli assumono un considerevole rilievo sul versante dei diritti dei detenuti in regime speciale, in quanto rappresentano il principale – per quanto decisamente limitato – strumento per garantire il mantenimento di una sfera affettiva, la cui totale recisione potrebbe comprometterne il percorso rieducativo e ogni ipotesi di reinserimento nel consesso sociale nel rispetto dell’art. 27, co. 3, Cost.⁶¹. Tuttavia, ancora più significativi appaiono i diritti dei minori a preservare un rapporto con i genitori, ancorché questi siano legittimamente detenuti⁶², il che comporta l’esigenza di individuare modalità di esecuzione della pena tali da comportare che lo *status* detentivo del genitore incida il meno possibile sul nucleo familiare di provenienza⁶³. Infatti, sebbene la Corte costituzionale ricordi che neanche i diritti dei minori in tale situazione possano pretendere una protezione assoluta, tale da consentire loro di sfuggire al bilanciamento con altri e contrapposti interessi di rilievo costituzionale⁶⁴, non può sottovalutarsi la circostanza che i diritti di siffatta categoria di persone trovino un solido fondamento costituzionale e che la condizione dei genitori rischi di riverberarsi sui figli, espandendo la portata afflittiva della pena, che potrebbe, così, spingersi sino a pregiudicare lo sviluppo e il futuro di incolpevoli soggetti meritevoli di tutela⁶⁵. Si tratta di una condizione che il legislatore – per ragioni eminentemente politiche – sovente fatica ad affrontare, rinunciando a cercare soluzioni capaci di contemperare gli interessi in gioco e tutelare i più fragili tra i soggetti coinvolti, come la

⁶¹ Sul punto, si v. G. FIANDACA, *Art. 27, comma 3*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1991, pp. 222 ss., anche per una dettagliata ricostruzione dell’evoluzione della dottrina.

⁶² In proposito, si v. le considerazioni critiche di P. MAGGIO, *La Consulta nega l’abbraccio virtuale fra figli minori e detenuti al 41-bis ord. penit., ridimensionando i «danni simbiotici» originati dal carcere*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2021, n. 2, pp. 763 ss. Utile anche un rinvio a R. NARDONE, *Genitori e figli senza sbarre: un progetto di ricerca-azione con i padri detenuti*, in F. TORLONE (a cura di), *Il diritto al risarcimento educativo dei detenuti*, Firenze, 2016, pp. 53 ss.

⁶³ In questo senso G. MASTROPASQUA, *I colloqui*, cit., p. 248.

⁶⁴ Come si è visto *supra*, par. 5.

⁶⁵ Osserva M. SALERNO, *Affettività e sessualità nell’esecuzione penale: diritti fondamentali dei detenuti? L’atteggiamento Italiano su una questione controversa*, in *Giurisprudenza penale*, 2017, n. 1, p. 3, che «l’esecuzione della pena carceraria rappresenta un evento fortemente traumatico per tutti gli individui che ne vengono coinvolti. Essa incide gravemente sui legami affettivi del detenuto, agendo come un ‘proiettile a frammentazione’ che lacera il tessuto delle relazioni tra il reo e tutte le persone a lui prossime affettivamente».

condizione dei figli di madri detenute in carcere e la relativa disciplina giuridica paiono dimostrare⁶⁶; in tal modo, il legislatore rimette il compito (e la responsabilità) di gestire situazioni tanto delicate all'amministrazione penitenziaria e, in sede di tutela giurisdizionale, all'autorità giudiziaria. Tuttavia, la discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria e gli orientamenti giurisprudenziali non sempre appaiono in grado di indirizzare le relative decisioni nel senso di un meditato equilibrio tra esigenze diverse, soprattutto nel caso dei detenuti soggetti al regime di cui all'art. 41-bis della l. n. 345 del 1975, rispetto ai quali le istanze di ordine e sicurezza paiono godere di un'attenzione maggiore, tanto da giustificare la decisa compressione di altri interessi di rilievo costituzionale⁶⁷. In tal senso, le questioni di legittimità sollevate dal giudice *a quo* con riferimento al regime dei colloqui in carcere tra detenuti sottoposti al regime speciale e minori paiono tutt'altro che superflue, poiché hanno consentito alla Corte costituzionale di rendere manifesta l'esigenza di porre attenzione ai diritti dei detenuti e dei minori che con loro hanno una relazione affettiva, utilizzando i margini di interpretazione offerti dalla norma impugnata. La pronuncia, dunque, potrebbe rivelarsi utile per orientare l'applicazione del citato art. 41-bis e della circolare del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del 2017 in un senso differente da quello piuttosto restrittivo che è parso affermarsi sia nella giurisprudenza sia nelle prassi della stessa amministrazione penitenziaria e, dunque, più attento alle esigenze di tutela dei diritti dei minori, oltre che dei detenuti soggetti al regime differenziato, perseguendo la tutela della sicurezza senza compromettere la sicurezza dei diritti⁶⁸.

⁶⁶ Sul punto si v. quantomeno A. LORENZETTI, *Maternità e carcere: alla radice di un irriducibile ossimoro*, in *Questione giustizia*, 2019, n. 2, pp. 151 ss., nonché il più recente disegno di legge in materia, poi ritirato: A.C. 103, XIX legislatura, "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e alla legge 21 aprile 2011, n. 62, in materia di tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori".

⁶⁷ Sul collegamento tra la disciplina introdotta dalla l. 354/1975 e le esigenze di ordine e sicurezza delle strutture penitenziarie, nonché a quelle di ordine pubblico generale, si v. M. D'AMICO, *Art. 27*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, 2006, p. 575.

⁶⁸ Si riprende M. RUOTOLO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, in *Democrazia e sicurezza*, 2013, n. 2, pp. 1 ss.

Tuttavia, una sentenza interpretativa di rigetto potrebbe non produrre l'impatto auspicato sull'operato dell'amministrazione penitenziaria e sulla giurisprudenza di merito in fase di controllo⁶⁹, sicché, sembra necessario monitorare l'applicazione futura delle norme in questione, non potendosi escludere che la Corte costituzionale possa essere chiamata a pronunciarsi nuovamente sul tema, considerato che la disciplina dei detenuti sottoposti al regime speciale sembra sempre conciliarsi faticosamente con i principî costituzionali e con il diritto internazionale.

⁶⁹ In proposito, si v. le considerazioni di L. SOTTILE, *L'intervento manipolativo della Corte costituzionale nel quadro della conformazione costituzionale del diritto di difesa nell'esecuzione penale (riflessioni a margine della sentenza n. 18 del 2022)*, in *Consulta Online*, 2022, n. 3 p. 9 non num., sul ricorso a una pronuncia di accoglimento anziché interpretativa di rigetto con riferimento alla disciplina sulla sottoposizione a visto di censura della corrispondenza intrattenuta dal detenuto in regime speciale con il difensore nella già citata C. cost., sent. 18/2022.

Il limite delle risorse disponibili nella tutela dei diritti delle persone vulnerabili

di

Cristina Equizi*

Sommario: 1. Introduzione. 2. La tutela dei soggetti vulnerabili. 3. La protezione delle vulnerabilità e i diritti sociali. 4. Equilibrio di bilancio o protezione dei diritti sociali? Gli orientamenti della Corte costituzionale. 5. Conclusioni.

1. Introduzione

L'ultimo decennio di storia è stato segnato da due pesanti crisi, quella economica e quella pandemica, che hanno mostrato palesemente le "priorità costituzionali"¹ che non possono essere disattese. Dalla crisi economica, in particolare, sono emersi con maggiore evidenza i difficili equilibri nella convivenza tra la visione dell'ordinamento repubblicano che concepisce l'uguaglianza sostanziale come obiettivo primario e irrinunciabile del processo di attuazione costituzionale e le istanze del mercato, divenute costituzionalmente rilevanti a seguito della riforma costituzionale del 2012. Proprio in riferimento a queste ultime, le ragioni della disponibilità delle risorse e della compatibilità con i vincoli finanziari e di bilancio hanno imposto ai diritti sociali una più complicata collocazione nel quadro della sostenibilità e del bilanciamento con altri diritti e libertà costituzionali. Questo rapporto di difficile convivenza ha comportato, da un alto, una riorganizzazione ed un ridimensionamento del modello dello Stato sociale, incidendo in modo

*Assegnista di ricerca in Diritto pubblico, Università degli Studi dell'Aquila.

¹ Cfr., L. CARLASSARE, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2013. L'A. si interroga su quali debbano essere le priorità di spesa nella distribuzione delle risorse pubbliche. In tempo di crisi, l'unico "punto di riferimento" è offerto dalla Costituzione che deve continuare ad orientare le scelte pubbliche.

particolare sulla fruibilità dei diritti sociali; dall'altro, la determinazione di una scala di priorità sulla base della quale organizzare la distribuzione delle risorse limitate. È in questa prospettiva che trova spazio il tema della tutela dei diritti delle persone vulnerabili che a sua volta richiama l'idea di un intervento pubblico inteso a dare una risposta a quelle situazioni di eccezionale debolezza e minorità sociale, imprevedibili, che si pongono ai margini o al di fuori delle priorità politiche di allocazione delle risorse da destinare all'attuazione dei diritti sociali².

Se precedentemente alla crisi finanziaria del 2008-2011 vi era la certezza di aiutare tutti coloro che si fossero trovati in situazioni di difficoltà e di vulnerabilità, oggi, ci troviamo, ancora, dinanzi al problema di operare una scelta valoriale tra le risorse disponibili ed il soddisfacimento dei diritti delle persone vulnerabili.

2. La tutela dei soggetti vulnerabili

La Costituzione pone particolare attenzione alle situazioni di bisogno meritevoli di un trattamento differenziato nel segno della pari dignità sociale e del pieno sviluppo della dignità umana, ne sono un esempio le norme costituzionali che intervengono con la previsione di tutele speciali per situazioni che denotano assonanze con la vulnerabilità³. Tutte previsioni che affrontano situazioni personali e condizioni materiali di debolezza e svantaggio per il tramite di interventi specifici di salvaguardia e sostegno da parte del potere pubblico, in ossequio ai doveri inderogabili di solidarietà e con una visione prospettica di eguaglianza reale e sostanziale⁴.

² P. SCARLATTI, *I diritti delle persone vulnerabili*, Napoli, 2022, 20.

³ Oltre agli articoli 2 e 3 della Costituzione si pensi alle previsioni poste dall'art. 32 sulle cure gratuite nei confronti degli indigenti, alla garanzia dell'accesso alla giustizia ai non abbienti imposta allo Stato dall'art. 24 Cost; alla necessità di rendere effettivo il diritto di raggiungere i gradi più elevati degli studi da parte dei capaci e meritevoli seppur privi di mezzi (art. 34 Cost.). Cfr., F. PIZZOLATO, *Gli argini costituzionali alla delimitazione della vulnerabilità*, in *Ars interpretandi*, 2/2019, 25 ss.

⁴ G. AMATO, *La sostenibilità verso i soggetti deboli nella Costituzione della Repubblica*, relazione al 70° Convegno nazionale dell'Unione giuristi cattolici italiani "Gli ultimi. La tutela giuridica dei soggetti deboli", Roma, 9-11 dicembre 2021.

La Costituzione conferisce massima tutela ai diritti fondamentali⁵ dichiarandoli inviolabili ed obbligando ogni potere dello Stato alla loro immediata osservanza. A tale garanzia si riconduce un'immediata pretesa giuridica alla integrità degli interessi ricadenti nella sfera materiale di un singolo diritto che si riconoscono illegittimamente pregiudicati⁶.

Nell'uso corrente, "diritti umani", "diritti inviolabili", "diritti costituzionali" e "diritti fondamentali" sono utilizzati come termini equivalenti e stanno ad indicare diritti che dovrebbero essere riconosciuti ad ogni individuo in quanto tale⁷. L'art. 2 Cost.⁸ utilizza l'espressione "diritti inviolabili dell'uomo" di cui riconosce sia la

⁵ V. BALDINI, *Che cosa è un diritto fondamentale*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2016, 1. Cfr., V. ONIDA, *La Costituzione. La legge fondamentale della Repubblica*, 2017, Bologna, 57, afferma che «la parola chiave è "diritti inviolabili". Spesso si parla di diritti "fondamentali", anche se la Costituzione usa questo termine solo occasionalmente (es: riconoscendo la salute "come fondamentale diritto dell'individuo": art. 32, primo comma)»; A. RUGGERI, *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere tutela*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2/2016, 2 ss., afferma che "i diritti "fondamentali", quali previsti da questo o quell'ordinamento positivo, si pongono quale species del genus diritti "umani", come questi ultimi sono usualmente chiamati". L. FERRAJOLI, *Una definizione del concetto di diritti fondamentali*, in *ristretti.it*. Si tratta di una «definizione formale o strutturale, nel senso che prescinde dalla natura degli interessi e dei bisogni tutelati con il loro riconoscimento quali diritti fondamentali, e si basa unicamente sul carattere universale della loro imputazione: inteso «universale» nel senso puramente logico e avalutativo della quantificazione universale della classe dei soggetti che ne sono titolari». Secondo la definizione proposta di "diritti fondamentali", l'A. fonda quattro diverse tesi, "essenziali ad una teoria della democrazia costituzionale", 3 ss.

⁶ L. FERRAJOLI, *Una definizione del concetto di diritti fondamentali*, cit., 3.

⁷ Corte cost., *I Diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte costituzionale*. Relazione predisposta in occasione dell'incontro della delegazione della Corte costituzionale con il Tribunale costituzionale della Repubblica di Polonia, Varsavia, 30 marzo 2006, 1. Il riconoscimento dei diritti fondamentali della Costituzione è uno degli elementi caratterizzanti lo Stato di diritto: essi trovano le loro garanzie nella "rigidità" della Costituzione e nel controllo di costituzionalità delle leggi affidato alla Corte costituzionale. Si evince come i diritti fondamentali non solo costituiscono i supremi principi dell'ordinamento costituzionale, ma qualificano altresì la stessa struttura democratica dello Stato, la quale verrebbe sovvertita qualora questi fossero diminuiti, decurtati o violati.

⁸ "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale". A tal riguardo, la giurisprudenza della Corte non ha mai chiarito *ex professo* se tale disposizione costituisca una clausola "chiusa", nel qual caso essa si porrebbe quale norma di principio sostanziata unicamente dal rinvio ai successivi singoli diritti nominati dalla Costituzione, ovvero debba intendersi quale clausola "aperta", tramite cui si consentirebbe l'enucleazione di "nuovi diritti", quelli provenienti dai bisogni storicamente emergenti nel progresso e nell'evoluzione della coscienza sociale. Rimane, comunque, fermo che la Corte, qualora sia chiamata in un giudizio di legittimità costituzionale ad esaminare l'ambito di applicazione di una libertà fondamentale ad una determinata fattispecie, non può omettere di considerare se il profilo del parametro di costituzionalità evocato introduca un

dimensione individuale (“come singolo”) sia quella associativa (“nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità”) e pone fra i principi fondamentali della Costituzione repubblicana anche l’adempimento ai “doveri inderogabili”, fondati a loro volta sul principio di solidarietà⁹. Anche i diritti sociali vengono definiti come diritti inviolabili¹⁰ e irretrattabili della persona¹¹ ed essi, in senso oggettivo, rappresentano l’insieme delle norme attraverso cui lo Stato attua la sua funzione equilibratrice e moderatrice delle disparità sociali, ed in senso soggettivo, il diritto generale di ciascun cittadino a partecipare ai benefici della vita associata, sostanziandosi in specifici diritti a determinate prestazioni da parte dei pubblici poteri¹² stante la connotazione universalistica dei diritti sociali, indirizzata alla tutela dei soggetti più deboli. Sotto questo profilo, la tematica della tutela costituzionale dei soggetti deboli ha incontrato nell’affermazione dei diritti sociali un aspetto essenziale che ha contribuito, più in generale, alla definizione della stessa ragion d’essere dello Stato sociale¹³.

nuovo aspetto di un principio fondamentale, suscettibile o meno di autonoma considerazione e di autonoma garanzia giurisdizionale (Corte cost. *cit.*) In Dottrina non sono mancate posizioni contrastanti: A. PACE ritiene che l’art. 2 Cost., pone la centralità non della “persona umana” astrattamente considerata, ma dei “diritti umani”, corrispondenti a specifiche situazioni soggettive (la pari dignità umana, la libertà personale...) le quali trovano nelle singole disposizioni costituzionali il relativo contenuto. Posizione opposta quella di A. BARBERA che invece ritiene che l’art. 2 Cost. non sia affatto una “norma di chiusura” (riassuntiva di tutti i diritti fondamentali tutelati espressamente dalla Costituzione), ma piuttosto una norma di espressione di una protezione del valore della persona umana e pertanto una “norma di apertura” ad altre libertà non espressamente tutelate dal testo costituzionale. L’art. 2 Cost. viene così a porre una “clausola a fattispecie aperta”.

⁹ F. POLITI, *Libertà costituzionali e diritti fondamentali. Casi e materiali. Un itinerario giurisprudenziale*, Torino, 2021, 9 ss.

¹⁰ Sul riconoscimento dei diritti sociali come diritti inviolabili cfr., C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, 1996, 351 ss. In particolare, l’A. (riprendendo l’analisi di F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995) ricorda come «a giudizio della Consulta anche i diritti sociali possono assurgere, al pari dei diritti fondamentali individuali, al rango di “diritti inviolabili e irretrattabili della persona, in quanto espressione di valori o principi costituzionali supremi».

¹¹ M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, 34.

¹² M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Diritti sociali, ad vocem*, in *Enc. Giur.*, vol. XII, Milano, 1961, par. 2. Cfr., B. GUASTAFERRO, *La “partecipazione ai beni vitali”: i diritti tra principio di eguaglianza sostanziale, economia sociale di mercato e solidarietà*, in *Riv. AIC.*, 3/2021, 159.

¹³ P. SCARLATTI, *I diritti delle persone vulnerabili, cit.*, 15.

Il fondamento dei diritti sociali è dato dal principio di eguaglianza formale (art. 3, primo comma) e dal principio personalista (art. 2) il quale richiede che ogni uomo, in qualunque posizione sociale si trovi inizialmente, debba essere posto nella condizione di avere pari opportunità di autorealizzazione (...) e, quindi, pari *chances* di godere effettivamente delle libertà costituzionalmente garantite¹⁴. Solidarietà e uguaglianza, dunque, concorrono a mettere al centro dell'ordinamento giuridico il soggetto debole, cioè la persona che versa in condizione di svantaggio, o di vulnerabilità, al fine di porre rimedio alle diseguaglianze di fatto¹⁵.

Il concetto di vulnerabilità è stato richiamato in modo assiduo nelle fonti normative soprattutto nel periodo di pandemia, crescendo di pari passo con la diffusione della vulnerabilità nella società. La stessa legge di bilancio 2022 (l. 30 dicembre 2021, n. 234) ha precisato che *"I livelli essenziali delle prestazioni sociali (LEPS)"* servono a *"garantire qualità della vita, pari opportunità, non discriminazione, prevenzione, eliminazione o riduzione delle condizioni di svantaggio e di vulnerabilità"* (art. 1, comma 159), chiarendo in questo modo lo stretto collegamento fra alcune condizioni personali e sociali e l'impegno dello Stato ad intervenire. In questi ultimi anni si sta assistendo ad una proliferazione di diverse forme di vulnerabilità della persona, legate alle caratteristiche dell'essere umano così come a situazioni contingenti in cui può venire a trovarsi.

3. La protezione delle vulnerabilità e i diritti sociali

I diritti sociali, che mirano ad ottenere l'intervento dell'autorità pubblica per soddisfare le essenziali esigenze dei cittadini, trovano la loro giustificazione teorica

¹⁴ C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, cit. 360-361. Sul punto Cfr., A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, 802 ss. La Corte cost., nella sentenza n. 286 del 1987 ha riconosciuto l'esistenza di un *"interesse della collettività alla liberazione di ogni cittadino dal bisogno ed alla garanzia di quelle minime condizioni economiche e sociali che consentano l'effettivo godimento dei diritti civili e politici"*. F. POLITI, *Libertà costituzionali*, cit., in tal senso afferma che *«se i diritti sociali perseguono l'affermazione di una sostanziale uguaglianza al fine di rendere effettivo, da parte di ogni individuo, il godimento delle singole libertà, al tempo stesso il richiamo alla dignità umana evidenzia che solo affrancato dai primari bisogni l'individuo può (godere appieno delle libertà e dunque) partecipare alla vita sociale e politica»*, 33.

¹⁵ F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bologna, 2016, 12.

nel concetto di “*liberazione da determinate forme di privazione*”¹⁶ avendo lo scopo di realizzare forme più elevate di eguaglianza¹⁷.

Essi si pongono come “*strumenti sia per assicurare il pieno godimento delle libertà tradizionali, sia per realizzare il cosiddetto principio di eguaglianza sostanziale*”¹⁸, infatti a questi viene assegnata una “*funzione equilibratrice e moderatrice delle disparità sociali, allo scopo di assicurare l’eguaglianza delle situazioni, malgrado la differenza delle fortune*”¹⁹.

Nati inizialmente non come diritti di tutti, ma come diritti dei pochi e dei molti – poiché indirizzati a rimuovere l’ingiustizia e la diseguaglianza nella condizione di partenza –, i diritti sociali sono diventati “*diritti di tutti*” successivamente alla universalizzazione dei servizi di protezione sociale²⁰.

La Corte costituzionale ha offerto a questi una piena protezione di livello costituzionale chiamandoli a condividere “*lo statuto tipico dei diritti fondamentali tanto sotto il profilo dell’efficacia, quanto sotto quello del valore giuridico*”: sotto quest’ultimo aspetto, essi sono diritti irrinunciabili, inalienabili, indisponibili e intrasmissibili. Sotto il primo profilo, invece, la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto “*ai diritti sociali fondamentali la stessa efficacia riconosciuta ai classici diritti*

¹⁶ A. BALDASSARRE, *Diritti sociali, cit.*, 805.

¹⁷ C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale, cit.*, 354.

¹⁸ E. CHELI, *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto* (Scritti in onore di L. Mengioni), III, Milano, 1995, 1774.

¹⁹ M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in Enc. Dir., XII, Milano, 1964, 802 ss. Per l’A. i diritti sociali devono intendersi come il «*diritto generale di ciascun cittadino a partecipare ai benefici della vita associata, il quale si rinfrange in specifici diritti a determinate prestazioni, dirette o indirette, da parte dei poteri pubblici*». Cfr., C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale, cit.*, 351.

²⁰ Per il processo storico di formazione dello Stato sociale, si cfr., C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale, cit.*, 336 ss.; A.M. SANDULLI, *Verso lo Stato sociale consolidando la democrazia (frammenti di idee)*, in *Nord e Sud*, 1963; M.S. GIANNINI, *Stato sociale: una nozione inutile*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, I, Milano, 1977, 141 ss.; L. CARLASSARE, *La “dichiarazione dei diritti” del 1789 e il suo valore attuale*, in AA.VV., *Principi dell’89 e Costituzione democratica*, a cura di L. Carllassare, Padova, 1991, 25 ss.; P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, a cura di P. Ridola, Roma, 1993; A. PREDIERI, *Un diritto solidarista contro le diseconomie esterne*, in *Studi e Informazioni – Riv. Trim. sul governo dell’economia*, 1993, 3; G. AMATO, *Forme di Stato e forme di governo*, in *Manuale di diritto pubblico*, G. Amato - A. Barbera (a cura di), Bologna, 1994, 24 ss;

di libertà costituzionale”²¹, favorendo in tal modo una tendenza alla generalizzazione della protezione.

Fra i diritti sociali previsti in Costituzione si propone una distinzione tra i cc.dd. diritti originari o incondizionati e quelli derivati o condizionati²², intendendo per i primi quelli che sono direttamente azionabili nei confronti della controparte, pubblica o privata (es. art. 32, secondo co. Cost.); e per i secondi quelli per i quali il godimento dipende dall’esistenza di un’organizzazione idonea all’erogazione delle prestazioni e che necessitano dell’intervento legislativo (es. art. 38 Cost.)²³. Pertanto, i diritti sociali condizionati si configurano come pretese direttamente azionabili e giudizialmente difendibili²⁴ solo attraverso l’esistenza delle condizioni prestabilite dal legislatore per il loro godimento. Ciononostante, l’eventuale assenza del presupposto condizionante non elimina la garanzia di quei diritti, essendo già stabilita in Costituzione e non potendo essere negata “a pena della sostanziale vanificazione di tali diritti come diritti costituzionali”²⁵.

La giurisprudenza costituzionale ha affermato, riguardo ai diritti sociali condizionati, che essi sono valori costituzionali primari e come tali assurgono al rango di inviolabili. Proprio sotto questo profilo, la tematica della tutela dei soggetti deboli si incrocia con quella delle persone vulnerabili dimostrando, in questo modo, l’assonanza in relazione all’accezione in senso sostanziale del

²¹ A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., 32.

²² Distinzioni operate da: A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., 30, che fa riferimento ai “diritti costituzionali condizionati”, cfr. C. PINELLI, *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, A. Ruggieri (a cura di), Torino, 1994, 548 ss., che richiama a sua volta per il concetto di “diritti condizionati” F. MERUSI, *I servizi pubblici degli anni Ottanta* (1984), in *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, 30; E. CHELI, *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana*, cit., opera invece una distinzione tra norme programmatiche, dirette solo ad indirizzare l’azione futura del legislatore, norme vincolanti condizionate o ad applicazione differita e norme immediatamente vincolanti o ad applicazione immediata.

²³ C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale*, cit., 367 ss. Per l’interpositio legislatoris cfr. F. POLITI, *Libertà costituzionali e diritti fondamentali. Casi e materiali. Un itinerario giurisprudenziale*, cit., 277 ss.

²⁴ A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., 31.

²⁵ *Ibidem*. Spetta, inoltre, alla Corte costituzionale sindacare l’attività legislativa, allorché il legislatore “non abbia usato la dovuta ragionevolezza nel ponderare l’attuazione dei diritti stessi all’interno del bilanciamento con gli altri interessi primari garantiti dalla Costituzione e con le imprescindibili esigenze di bilancio”

principio costituzionale di eguaglianza²⁶, al principio personalistico attinente agli interventi a tutela dei soggetti più deboli così come il trattamento riservato ai soggetti vulnerabili ed, infine, alla visione solidaristica che lega la nozione di vulnerabilità e dei diritti delle persone vulnerabili alla matrice originaria dei diritti sociali²⁷. Tuttavia, bisogna constatare che il concetto di vulnerabilità, a differenza della nozione di soggetto debole, nasce e si afferma grazie all'attività creatrice delle Corti dei diritti al fine di assicurare una protezione più incisiva a forme di svantaggio e debolezza non predeterminabili in astratto. Per questo motivo il tema della tutela dei diritti delle persone vulnerabili è più ampio di quello della tutela dei soggetti deboli (all'interno della quale troviamo la proiezione dei diritti sociali). Ciononostante, la tutela dei diritti delle persone vulnerabili, così come quella dei soggetti deboli, viene a scontrarsi con le rigide regole di equilibrio di bilancio introdotte a livello costituzionale nel 2012 a seguito della grave crisi economica.

4. Equilibrio di bilancio o protezione dei diritti sociali? Gli orientamenti della Corte costituzionale

La tensione tra il rispetto, da un lato, degli equilibri economico-finanziari dello Stato e degli altri livelli di governo sancito con l'introduzione del principio di equilibrio di bilancio in Costituzione, e la garanzia, dall'altro, delle prestazioni sociali legate alla disponibilità di risorse economiche, ha di fatto segnato una tendenza di inesorabile restringimento della garanzia dei diritti sociali²⁸. Tuttavia, nonostante le difficoltà prodotte dalle crisi che negli anni si susseguono, la tutela di tali diritti è fondamentale anche se condizionata dalla possibilità di disporre di risorse per la loro attuazione. I diritti sociali, infatti, sono *diritti* costituzionali e ad essi, come ha ricordato la Corte costituzionale «*si deve conferire il massimo di*

²⁶ In questo senso, G. SERGES, *Vulnerabilità, soggetti "deboli" e giustizia costituzionale*, in C. SEVERINO, I. ALCARAZ (dir.), *Systèmes de contrôle de constitutionnalité par vote incident et protection des personnes en situation de vulnérabilité. Approche de droit comparé*, Aix-en-Provence 2021, 169-170.

²⁷ P. SCARLATTI, *I diritti delle persone vulnerabili*, cit., 15.

²⁸ *Ibidem*, 19.

effettività»²⁹; questo è uno dei fondamentali tratti distintivi della nostra Costituzione³⁰.

La loro stessa natura condizionata è sottoposta a dei limiti, infatti, bisogna verificare se sussista un nucleo di soddisfacimento dei diritti sociali che debba essere sempre garantito. La sussistenza di un simile nucleo appare avallata in maniera costante dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. Essa, infatti, sin dagli anni Ottanta è ricorsa alla nozione del «*contenuto minimo essenziale*» dei diritti sociali, nozione che, poi, è in parte confluita nei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali³¹. Non meraviglia, dunque, che in difesa dei diritti sociali i giudici, di fronte a norme in contrasto con i principi che li garantiscono, abbiano fatto ricorso ad una interpretazione costituzionalmente orientata, privilegiando i valori di fondo rispetto ai limiti di bilancio³². Ogni decisione al riguardo andrebbe quanto meno *bilanciata* con altri interessi costituzionalmente tutelati essendo indiscusso che i diritti sociali, nella configurazione che dà la Costituzione, come si è visto, non differiscono affatto dai tradizionali diritti di libertà, intesi come diritti soggettivi³³.

Se da una parte si riscontra il chiaro consenso sulla necessità di offrire una maggiore protezione dei diritti fondamentali di chi versa in situazioni di debolezza, dall'altra parte, nel tempo, è emersa una sempre di più diffusa preoccupazione sulla sostenibilità degli oneri finanziari derivanti da interventi, legislativi o giurisdizionali, per garantirne e promuoverne la tutela³⁴.

²⁹ Corte cost., sent. n. 90 del 1992.

³⁰ L. CARLASSARRE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, cit., 147 ss.

³¹ Corte cost., Servizio Studi, *Diritti sociali e vincoli di bilancio*, C. Marchese (a cura di), 2014, 14.

³² Cfr., G. GRASSO, *Crisi economico-finanziaria, globalizzazione, teoria dei cicli funzionali (in margine a «la separazione dei poteri» di Gaetano Silvestri)*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015; F. GALLO, *Il principio costituzionale di equilibrio di bilancio e il tramonto dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali*, Audizione presso la commissione per l'attuazione del federalismo fiscale della Camera dei deputati sul tema "*Federalismo fiscale e vincolo del pareggio di bilancio*", 30 ottobre 2014.

³³ P. CARETTI, *Considerazioni conclusive*, Convegno annuale dell'associazione "Gruppo di Pisa" *I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. il ruolo della giurisprudenza*, Trapani, 8-9 giugno, 2012, in *Riv. Gruppodipisa*, 3/2012.

³⁴ F. DONATI, *Uguaglianza, diritti umani e vincoli di bilancio*, in *Riv. Federalismi.it*, 21/2018, 2. Due sentenze della Corte costituzionale risultano essere emblematiche per ciò che concerne un particolare indirizzo della giurisprudenza sul rapporto tra risorse economiche e diritti: la n. 10 e la n. 70 del 2015. La prima, sull'illegittimità della cd. *Robin Hood Tax*, ha sollevato grande

Il principio enunciato dall'art. 81 Cost., novellato nel 2012³⁵, non può imporsi come fosse l'unico esistente, infatti, la Corte costituzionale ha affermato che *«tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione e non è*

clamore perché con essa la Corte, per la prima volta, ha attribuito al principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio un significato prescrittivo tanto forte, da giustificare la delimitazione solo *pro-futuro* degli effetti della sentenza di accoglimento. La questione verteva sulla legittimità della norma (art. 81, commi 16-17-18, d.l. n. 112 del 2008) che ha addossato su determinati operatori dei settori, energetico e petrolifero, una addizionale IRES, allo scopo di colpire gli eventuali "sovra-profitti" dovuti al rialzo del prezzo del barile. La Corte ha ritenuto tale disciplina illegittima, perché lesiva del principio di uguaglianza in materia di imposizione tributaria (artt. 3 e 53 Cost.), stante l'incongruità dei mezzi approntati dal legislatore rispetto allo scopo perseguito. La Corte ha tuttavia rilevato che l'imposizione in oggetto, sebbene illegittima, ha permesso allo Stato di incamerare un rilevante importo: la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma impugnata, attraverso una sentenza con effetti retroattivi, avrebbe comportato l'obbligo per lo Stato di restituire l'imposta indebitamente percepita, determinando con ciò un nuovo onere idoneo ad incidere sull'equilibrio di bilancio garantito dall'art. 81 Cost. L'impatto macroeconomico delle restituzioni dei versamenti tributari connesse alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma in questione, osserva la Corte, determinerebbe *«uno squilibrio del bilancio dello Stato di entità tale da implicare la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva, anche per non venire meno al rispetto dei parametri cui l'Italia si è obbligata in sede di Unione europea e internazionale (artt. 11 e 117, primo comma, Cost.) e, in particolare, delle previsioni annuali e pluriennali indicate nelle leggi di stabilità in cui tale entrata è stata considerata a regime»*. La Corte ha quindi stabilito che gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità riguardano soltanto le situazioni giuridiche sorte in data successiva alla data di pubblicazione della sentenza nella Gazzetta Ufficiale. Conseguentemente, gli operatori che hanno avviato il giudizio nel cui ambito è stata sollevata la questione di costituzionalità non potranno ripetere le imposte versate sulla base della norma dichiarata incostituzionale. Con questa decisione la Corte, in ossequio all'esigenza di salvaguardare il principio del pareggio del bilancio, ha finito per sacrificare quello che la stessa Corte costituzionale ha in passato considerato come un diritto fondamentale ascrivibile ai "controlimiti" al primato del diritto dell'Unione europea: il diritto ad avvalersi degli effetti della pronuncia incidentale sulla validità della norma applicabile nel giudizio.

Dopo pochi mesi, la sentenza sulla *Robin Tax*, è intervenuta la seconda sentenza, la n. 70 del 2015, con la quale la stessa Corte, ha dichiarato l'incostituzionalità della disciplina che limitava l'adeguamento al costo della vita delle pensioni di importo superiore al triplo del minimo, addossando a carico dell'erario un onere calcolato nell'ordine di 20 miliardi di euro. Autorevole dottrina ha ritenuto la sentenza una "svolta" di assoluto rilievo nella giurisprudenza costituzionale, perché ha attribuito al principio di equilibrio di bilancio sancito dall'art. 81 Cost. un ruolo decisivo nel bilanciamento di valori coinvolti nel giudizio di costituzionalità. Il principio di equilibrio di bilancio rappresenta un *«vincolo costituzionale per i legislatori, i governi, le pubbliche amministrazioni dello stato ordinamento, un vincolo che trova legittimazione e fondamento nel procedimento d'integrazione europea e, quindi, nei parametri stabiliti dalle istituzioni europee»*. Pertanto, *«la tutela dei diritti fondamentali deve essere costruita teoricamente e implementata in concreto considerando le dinamiche economico-finanziarie come variabili dipendenti e condizionanti»*. Cfr., A. MORRONE, *Le conseguenze finanziarie della giustizia costituzionale*, in *Quad. cost.*, 595 ss.

³⁵ La riforma costituzionale del 2012, intervenuta con la legge costituzionale n. 1, nell'introdurre con il nuovo art. 81 il principio del pareggio di bilancio, ha imposto vincoli più stringenti e puntuali in materia di bilancio, contabilità pubblica e stabilità finanziaria, fissando regole in materia anche per le Regioni e gli enti locali, attraverso la modifica degli artt. 117 e 119 cost.

possibile individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri». Se così non fosse, uno dei diritti «diverrebbe 'tiranno' nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona»³⁶. Qui non siamo di fronte ad una concorrenza nel contenuto dei diritti ma ad una concorrenza fra il contenuto dei diritti e la regolazione dei mezzi³⁷. È dunque possibile, anzi doveroso, fare ricorso ai criteri proposti per eliminare o superare, attraverso il bilanciamento, l'incompatibilità fra principi concorrenti sacrificando ciascuno nella misura minore possibile³⁸.

In materia di diritti sociali la discrezionalità del legislatore non ha carattere assoluto e trova un limite invalicabile nel rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati³⁹. La linea di politica economica è indicata dalla Costituzione e non è nella libera scelta del legislatore sacrificare alcuni diritti⁴⁰, tanto più in tempo di crisi quando si fa più rigoroso e stringente l'obbligo di impiegare le risorse disponibili secondo le priorità indicate dalla Costituzione⁴¹.

A tal riguardo la Corte costituzionale ha evidenziato che dare effettività ad un diritto sociale «rientra in finalità costituzionalmente protette» che «rispondono a finalità

³⁶ Corte cost., sent. n. 85 del 2013. Cfr., F. GALLO, *Il principio costituzionale di equilibrio di bilancio e il tramonto dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali*, cit., 2.1 e 2.2.

³⁷ R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992, 30ss., 52 ss.

³⁸ L. CARLASSARRE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, cit., 149 ss.

³⁹ Di "limite invalicabile all'intervento normativo discrezionale del legislatore" ha parlato la Corte, dichiarando illegittime le norme che hanno eliminato «uno degli strumenti attraverso i quali è reso effettivo il diritto fondamentale all'istruzione del disabile grave»: sent. n. 80/2010 dove richiama altre precedenti: nn. 251/2008 e 226/2000. Della giurisprudenza meno vicina basta ricordare la sent. n. 160/ 1974, che ha ribadito come all'art. 38, secondo comma, Cost. «il costituente ha voluto, a maggiore garanzia e tutela, costituzionalizzare la previdenza e le assicurazioni sociali, attraverso un esplicito e netto riconoscimento del dovere dello Stato a provvedervi e del diritto del lavoratore ad esigere che si provveda con mezzi adeguati alle sue esigenze di vita», e ha richiamato la sent. n. 80 del 1971 che definisce l'art. 38 «norma giuridicamente imperante atta a creare veri e propri diritti di gran prestazione, il cui carattere precettivo non viene meno per il fatto che destinatario della norma sia lo Stato, il quale è vincolato ad operare, con organi ed istituti predisposti o da esso integrati, nel settore della disciplina dei rapporti sociali assicurativi nel senso voluto dalla Costituzione». Il che «necessariamente comporta, anche, la eventuale rielaborazione delle norme relative all'attuale disciplina dell'assistenza sociale ... in modo che l'assistenza sia concretamente garantita a tutte le categorie di lavoratori e sia tale da assicurare a tutti i lavoratori mezzi adeguati alle esigenze di vita».

⁴⁰ Cfr., I. CIOLLI, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *costituzionalismo.it*, n. 3, 2012.

⁴¹ Cfr., L. CARLASSARRE, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in *costituzionalismo.it*, 1/ 2013, in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, tomo I, Milano, 2014, 375 ss.

sociali di particolare pregio costituzionale, in quanto tendenti a dare il massimo di effettività alla garanzia del diritto sociale»⁴².

La stessa Corte costituzionale più volte ha affermato la possibilità di limitare i diritti sociali sia da un punto di vista soggettivo, in favore di altri interessi costituzionalmente protetti, in nome del bilanciamento, sia da un punto di vista oggettivo, in quanto condizionati dalla reale ed obiettiva possibilità di disporre delle risorse necessarie⁴³. La scarsità delle risorse e la situazione di prolungato *deficit* hanno condotto a ritenere di non poter spendere in più rispetto alle proprie esigenze, neppure se si tratti di tutelare diritti formalmente ed astrattamente inviolabili⁴⁴. Di qui il problema del rapporto tra equilibrio di bilancio⁴⁵ e realizzazione dei diritti sociali che la Corte costituzionale ha tentato di risolvere sostenendo la necessità di una loro concretizzazione graduale, in rapporto alle risorse statali disponibili. Secondo il principio di gradualità, il bilanciamento operato dal legislatore dovrebbe tenere conto delle condizioni antecedenti operando un passaggio progressivo verso la disciplina meno favorevole introdotta alla luce dell'interesse finanziario.

Nel 1990 la Corte costituzionale con la sentenza n. 455, in tema di diritto alla salute, ha individuato i cd. "*diritti costituzionali condizionati*"⁴⁶ "economicamente" o, se si preferisce, "finanziariamente"⁴⁷. Con questa espressione in dottrina si fa

⁴² Corte cost., sent. nn. 440 del 1991, 90 del 1992, 238 del 1988.

⁴³ Corte cost., sent. nn. 455 del 1990 e 283 del 1993.

⁴⁴ V. MANZETTI, *La tutela dei diritti sociali nello "Stato delle crisi"*, cit., 11.

⁴⁵ L'esigenza di garantire il rispetto dei vincoli di bilancio è emersa anche nei riguardi della stessa Corte costituzionale, le cui sentenze hanno spesso prodotto conseguenze tali da incidere sull'equilibrio di bilancio. Cfr., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Atti del seminario svoltosi a Roma, palazzo della consulta, novembre 1988, Milano, 1989; F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale. Contributo ad una teoria dell'invalidità costituzionale della legge*, Padova, 1997; A. MORRONE, *Le conseguenze finanziarie della giustizia costituzionale*, cit.; F. DONATI, *Uguaglianza, diritti umani e vincoli di bilancio*, cit.

⁴⁶ F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 62 ss.

⁴⁷ Può essere interessante notare come di questione finanziaria, prima ancora che politica, parlasse già P. CALAMANDREI, *Costituente e questione sociale*, in *Il Ponte*, 1945, n. 5, 368 ss. e in ID., *Opere giuridiche*, a cura di M. CAPPELLETTI, Morano, Napoli, 1968, 179, citato da A. PACE, *Diritti di libertà e diritti sociali nel pensiero di Piero Calamandrei*, in P. Barile (a cura di), *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro*, Milano, 1990, 323-324.

riferimento ai cd. diritti che “costano”⁴⁸ o che costano più degli altri (poiché tutti i diritti “costano”⁴⁹) poiché che costa tutelarli e garantirli in modo equo ed uniforme⁵⁰. L’espressione diritti finanziariamente condizionati pone, dunque, l’accento sul profilo del finanziamento dei diritti sociali, e dei diritti fondamentali delle persone vulnerabili, e più in generale rimanda al principio di stabilità economico-finanziaria, codificato dalla riforma costituzionale del 2012. Questa espressione, coniata dalla dottrina, fa riferimento alla “conflittualità” fra diritti sociali e vincoli economico-finanziari, dal momento che spesso il grado di effettività dei primi è condizionato dal finanziamento ad essi destinato⁵¹.

Questi sarebbero, dunque, diritti condizionati due volte, o “incondizionatamente condizionati”⁵² con conseguenti, possibili forti dubbi non solo in ordine alla erogazione, ma anche alla loro stessa qualificazione. L’indisponibilità delle risorse⁵³ incide anche sulle politiche e sui meccanismi istituzionali al punto tale di produrre esiti di ridefinizione degli assetti istituzionali sia sul piano formale che su quello sostanziale⁵⁴. Ma a pagare le spese di questa situazione sono principalmente i soggetti più deboli, gli emarginati e i poveri componendo una fascia sociale che si va facendo ogni giorno più larga e priva di adeguati strumenti di tutela⁵⁵. Sennonché, considerando che i più deboli sono proprio quelli per i quali tali diritti

⁴⁸ V., al riguardo, M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *astrid-online.it*, 3/2013, 7.

⁴⁹ Secondo M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, cit.*, 8, “la concentrazione sui diritti sociali come unici diritti costosi” non avrebbe alcuna giustificazione in quanto, per l’appunto, tutti i diritti, “in maggiore o minore misura, costano”; cfr., S. HOLMES E R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti*, Bologna, 1999.

⁵⁰ S. HOLMES, R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti*, cit., 45.

⁵¹ V. MANZETTI, *La tutela dei diritti sociali nello “Stato delle crisi”*, in *Nomos*, 7/2015, 7ss.

⁵² M. LUCIANI, *Op. ult. cit.*, il quale parla di sottoposizione, quindi, al Vorbehalt des Moglichen, cioè alla “riserva del possibile” (disponibilità delle risorse).

⁵³ F. GABRIELE, *Diritti sociali, unità nazionale e risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione-inattuazione della parte prima (quella “intoccabile”!) della Costituzione*, in *Riv. AIC*, 3/2013, 2 ss.

⁵⁴ Cfr., A. D’ALOIA, *I diritti sociali nell’attuale momento costituzionale* (Relazione di sintesi della I Sessione), in *Riv. Gruppodipisa*, 3/2012.

⁵⁵ A. RUGGERI, *Crisi economica e crisi della Costituzione*, in *Riv. Gruppodipisa*, 3/2012, 8; cfr., M. RUOTOLO, *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri. Alla ricerca dei fondamenti costituzionali del diritto a un’esistenza dignitosa*, in ID., *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli, 2012, 205 ss; S. GAMBINO-W. NOCITO, *Crisi dello Stato, governo dell’economia e diritti fondamentali: note costituzionali alla luce della crisi finanziaria in atto*, in AA.VV., *Crisi dello Stato, governo dell’economia e tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2013, 75 ss.

sono stati riconosciuti dalla Costituzione repubblicana non pare possibile poterli contenere, o, peggio ancora, sopprimerli, o negarli.

Così, nella richiamata sentenza n. 455 del 1990, in materia di diritto alla salute⁵⁶, la Corte costituzionale ha affermato che il diritto ad ottenere trattamenti sanitari, essendo basato su norme costituzionali di carattere programmatico impositive di un determinato fine da raggiungere, è garantito ad ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenendo conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nell'opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie disponibili in quel dato momento⁵⁷.

In questo modo la Corte ha precisato che questo principio non implica un decadimento della tutela primaria assicurata dalla Costituzione ad una puramente legislativa, ma comporta che l'attuazione della tutela, costituzionalmente obbligatoria di un determinato bene, avvenga gradualmente a seguito di un ragionevole bilanciamento con altri interessi o beni che godono di pari tutela

⁵⁶ La sentenza oltre a ribadire come il diritto alla salute, riconosciuto e garantito dall'art. 32 Cost. sia un diritto primario e fondamentale che impone piena ed esaustiva tutela ha sottolineato anche come questa tutela vada ad articolarsi in situazioni giuridiche soggettive diverse, in relazione al profilo considerato. Da un lato, sotto il profilo della integrità fisica e psichica delle persone umane, il diritto alla salute è un diritto *erga omnes*, immediatamente garantito, tutelabile ed azionabile dai soggetti legittimati nei confronti di eventuali comportamenti illeciti; dall'altro lato, inteso come diritto a trattamenti sanitari, esso è "soggetto alla determinazione degli strumenti, dei tempi e dei modi di attuazione della relativa tutela da parte del legislatore ordinario". Ciò vuol dire che il diritto a trattamenti sanitari diviene "pieno e incondizionato" per il cittadino, nei limiti in cui lo stesso legislatore predisponga adeguate possibilità di fruizione delle prestazioni sanitarie, attraverso una ragionevole opera di bilanciamento⁵⁶ fra i valori costituzionali, che rimane in ogni caso, soggetto al sindacato della Corte "nelle forme e nei modi propri all'uso della discrezionalità legislativa". Le regole di bilanciamento costituiscono un punto di riferimento per tutte le decisioni in cui viene a porsi il problema delle forme economico-istituzionali per il soddisfacimento dei diritti sociali. In particolar modo, con la sentenza n. 260 del 1990, si è affermato che le scelte di bilancio, essendo frutto di una insindacabile discrezionalità politica, esigono un particolare e sostanziale rispetto anche da parte del giudice delle leggi, ed entrano a far parte integrante della valutazione che la Corte compie nell'opera di bilanciamento dei valori costituzionali, ai fini della concreta garanzia dei diritti sociali. Cfr., C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale*, cit., 372.

⁵⁷ Corte cost., sent. nn. 175 del 1982, 212 del 1983 e n. 1011 del 1988.

costituzionale e con la possibilità reale ed obiettiva di disporre delle risorse necessarie per la medesima attuazione.

Con maggiore evidenza, la Corte costituzionale nella sentenza n. 236 del 2012 ha affermato l'esigenza di bilanciamento tra diritti di pari rango costituzionale, in ragione delle risorse disponibili, affermando che il diritto alla libertà di scelta del luogo di cura in tutto il territorio nazionale non ha carattere assoluto, dovendo essere temperato con altri interessi costituzionalmente protetti, tenendo conto anche dei limiti oggettivi derivanti dalle risorse finanziarie disponibili. La giurisprudenza costituzionale ha, dunque, negato il carattere assoluto di tale libertà, potendo essere temperata dalla esigenza di difesa di altri valori costituzionali e dalla disponibilità delle risorse finanziarie⁵⁸. Dunque, al legislatore non è vietato sacrificare la libertà di scelta del paziente a condizione che i sacrifici risultino necessari all'esigenza di preservare altri beni di rango costituzionale, nel qual caso ad esempio, un'efficace ed efficiente organizzazione del sistema sanitario⁵⁹.

Nel 2016, invece, la Corte costituzionale con la sentenza n. 275, sempre con riferimento al difficile rapporto tra il principio di equilibrio di bilancio e l'incomprimibile tutela dei diritti sociali, ha privilegiato quest'ultima, statuendo che *«il rilievo costituzionale del diritto (all'istruzione dell'alunno disabile) in oggetto costituisce un limite invalicabile all'intervento discrezionale del legislatore, così che il nucleo di garanzie minime per renderlo effettivo dovrebbe essere assicurato al di là di ogni*

⁵⁸ Cfr., F. POLITI, *Libertà costituzionali e diritti fondamentali. Casi e materiali. Un itinerario giurisprudenziale*, cit., 249-250.

⁵⁹ V. MANZETTI, *La tutela dei diritti sociali nello "Stato delle crisi"*, cit., 11. Inoltre, sempre in tema di diritto alla salute, con la sentenza n. 304 del 1994 la Corte costituzionale pur ribadendo il carattere di diritto "finanziariamente condizionato", ha precisato che *«nel bilanciamento dei valori costituzionali che il legislatore deve compiere al fine di dare attuazione al diritto ai trattamenti sanitari, le esigenze relative all'equilibrio della finanza pubblica non possono assumere un peso assolutamente preponderante, tale da comprimere il nucleo essenziale del diritto alla salute connesso all'inviolabile dignità della persona umana, costituendo altrimenti esercizio macroscopicamente irragionevole della discrezionalità legislativa»*. Dunque, la Corte costituzionale pur riconoscendo la necessità per il legislatore di tenere conto delle risorse finanziarie disponibili, individua l'esistenza di un "limite invalicabile" per la garanzia del diritto alla salute (limite che nemmeno rigide esigenze di contenimento dei costi possono superare). Cfr., F. POLITI, *Libertà costituzionali e diritti fondamentali. Casi e materiali. Un itinerario giurisprudenziale*, cit., 254.

esigenza di bilancio»⁶⁰. La questione, relativa al trasporto scolastico degli alunni disabili, nasceva dalla scelta operata dalla regione Abruzzo di tagliare del 50% il rimborso delle spese sostenute dalla Provincia di Pescara per lo svolgimento del servizio di trasporto degli alunni disabili a causa dei vincoli di bilancio. Con tale pronuncia la Corte costituzionale, dichiarando l'illegittimità della legge regionale n. 15 del 2004 – nella parte in cui prevedeva il rimborso del contributo solo «nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta sul pertinente capitolo di spesa»⁶¹ - ha ribadito il primato, non offuscato dalla riforma costituzionale del 2012, dei diritti sociali sui vincoli di bilancio, rinforzando quella “scala di valori” da tenere presente quale «saldo parametro cui confrontare la scala di valori emergente dalla scelta operata dal legislatore»⁶².

Sulla scia di tale indirizzo la Corte costituzionale, con la sentenza n. 152 del 2020⁶³, è intervenuta pronunciandosi in tema di pensioni di disabilità⁶⁴ ponendo un'ulteriore ed importante riflessione sulla garanzia dei diritti fondamentali dei più bisognosi al tempo della crisi economica⁶⁵. Nel caso di specie, la Corte è giunta a sostenere che “l'importo mensile della pensione di inabilità (di attuali euro 286,81), è

⁶⁰ E. FURNO, *Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili*, in *Nomos*, 1/2017, 21.

⁶¹ Corte cost., sent. n. 275 del 2016.

⁶² R. ROMBOLI, *Diritti fondamentali, tecniche di giudizio e valore delle disposizioni processuali*, in ID. (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino 1994, 151.

⁶³ Con tale sentenza, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 38, comma 4, della legge 28 dicembre 2001, n. 448, per contrasto con gli artt. 3 e 38 Cost., nella parte in cui dispone che il cd. incremento al milione a favore degli invalidi civili sia concesso “ai soggetti di età pari o superiore a sessanta anni” anziché “ai soggetti di età superiore ai diciotto”.

⁶⁴ Un esempio tipico della vulnerabilità, al di là d'ogni presa di posizione sull'alternativa fra l'approccio “medico”, quello “sociale” o quello “critico” è il tema della disabilità, quale condizione oggettiva di menomazione rispetto a una condizione *standard* di abilità, che si trasforma in *handicap* solo quando la si proietta sul piano sociale, cioè quando viene assunta a fattore di esclusione o semplicemente di svantaggio in ragione di determinazioni imputabili alla società. Cfr., G. MATUCCI, *Persona, formazione, libertà. L'autorealizzazione della persona con disabilità fra istruzione e legal capacity*, Milano, 2021, 49 ss.; C. COLAPIETRO - F. GIRELLI, *Persone con disabilità e Costituzione*, Napoli, 2020, 31; G. ARCONZO, *I diritti delle persone con disabilità. Profili costituzionali*, Milano, 2020, 184 ss.; sulle norme di diritto positivo concernenti l'accertamento dello stato di “invalidità” e di quello di “handicap”. Cfr., S. ROSSI, *Forme della vulnerabilità e attuazione del programma costituzionale*, cit., 8 ss.

⁶⁵ C. COLAPIETRO – S. BARBARESCHI, *Motivazione, tempo e strumentalità del bilancio: le coordinate giurisprudenziali sul rapporto tra diritti fondamentali e risorse finanziarie alla luce della sentenza n. 152 del 2020. Rischiose variazioni ritmiche in una straordinaria composizione*, in *Nomos*, 1/202, 1.

innegabilmente, e, manifestamente, insufficiente ad assicurare agli interessati il “minimo vitale” e non rispetta, dunque, il limite invalicabile del nucleo essenziale e indefettibile del “diritto al mantenimento”, garantito ad “ogni cittadino inabile al lavoro” (art. 38, primo comma, Cost.)⁶⁶. Nella sentenza la Corte ha richiamato nuovamente il “nucleo essenziale del diritto” per il quale non vi può essere lesione e non vi è spazio per la discrezionalità politica, bensì solo “giurisdizione in nome della Costituzione”⁶⁷. Nel dichiarare l’assoluta insufficienza dell’importo pensionistico a garantire la dignità della persona umana, vale a dire, nel caso di specie, al disabile che si trova in una condizione di permanente impossibilità di svolgere attività lavorativa, la Corte costituzionale ha chiarito anche che la pensione di inabilità è diretta a sopperire alla situazione di bisogno di colui che non può accedere al mondo del lavoro, e dunque è diretta a consentire ai soggetti non autosufficienti condizioni esistenziali compatibili con la dignità della persona umana⁶⁸.

5. Conclusioni

Il tema della protezione dei diritti fondamentali delle persone con vulnerabilità in presenza di risorse limitate è quanto mai delicato. Ciò, chiaramente, mette al centro del dibattito il problema, che risulta essere sempre attuale, del “costo dei diritti sociali”, problema che ha segnato e che continua a segnare il percorso di riconoscimento e di garanzia degli stessi dal momento che la loro attuazione risulta essere inversamente proporzionale al loro livello di diffusione, riconoscimento ed espansione, in ragione dei vincoli di sostenibilità economica e financo politica⁶⁹.

⁶⁶ Corte cost., sent. n. 152 del 2020.

⁶⁷ Cfr., G. ZAGREBELSKY, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, in AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e art. 81, u. c., della Costituzione*, Milano, 1993, 124; C. COLAPIETRO – S. BARBARESCHI, *Motivazione, tempo e strumentalità del bilancio*, cit. 17.

⁶⁸ Corte cost., sent. n. 152 del 2020; Cfr., C. COLAPIETRO – S. BARBARESCHI, *Op. ult. cit.*, 18.

⁶⁹ Cfr., A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”): più sobrio, solidale e sostenibile*, in *Rivista AIC*, 4/2011, 7 ss.

La scarsa disponibilità di risorse economiche può condurre la politica a ridurre tutti quei diritti che sono essenziali per consentire alle persone deboli, e dunque ai vulnerabili, “una vita dignitosa”⁷⁰.

All’interno dei diritti sociali, quali incentivi per la liberazione dell’uomo dai limiti e dai vincoli che la natura o la società gli impongono, potranno considerarsi ragionevoli solo quelle scelte allocative capaci di tenere lo sguardo fisso sulle fragilità e le debolezze dell’uomo, al fine di evitare che queste diventino motivo di discriminazione e, conseguentemente, di esclusione sociale⁷¹.

Come più volte affermato dalla stessa Corte costituzionale, la pervasività del limite dell’equilibrio finanziario non può arrivare a giustificare una qualsiasi limitazione dei diritti sociali, soprattutto laddove vada ad intaccare quel nucleo incompressibile nei confronti dei cc.dd. soggetti vulnerabili che vivono in una situazione di svantaggio⁷². La stessa Corte costituzionale nella richiamata sentenza 275 del 2016⁷³ ha affermato che è “*la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l’equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione*”. Secondo tale impostazione la garanzia del nucleo invalicabile dei diritti fondamentali non può essere subordinata alla sussistenza della disponibilità finanziaria determinata dalle leggi di bilancio. Tale decisione pare accogliere quell’impostazione che ritiene necessario operare un “bilanciamento ineguale” tra esigenze sociali ed esigenze economiche, nel senso che il soddisfacimento dei diritti sociali viene ad assumere un “peso” determinante rispetto alle considerazioni di ordine finanziario⁷⁴.

⁷⁰ Cfr., C. COLAPIETRO, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il “nuovo” diritto alla socializzazione*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2020, 157; G. ARCONZO, *I diritti delle persone con disabilità durante la crisi economica*, in M. D’Amico, F. Biondi (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica*, Milano, 2017, 220 ss.

⁷¹ Così, C. COLAPIETRO, *Op. ult. cit.*, 158; Cfr., C.S. VIGILANTI, *Il diritto all’istruzione dei disabili come paradigma dei diritti sociali*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 7 marzo 2012, 22.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ La Corte ha dichiarato l’incostituzionalità della legge della Regione Abruzzo che prevedeva, per lo svolgimento del servizio del trasporto degli studenti disabili, un contributo da parte della Giunta regionale pari al 50% della spesa necessaria e documentata dalle Province solo “*nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta sul pertinente capitolo di spesa*”.

⁷⁴ Così, F. DONATI, *Uguaglianza, diritti umani e vincoli di bilancio*, *cit.*, 8; Cfr. M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in R. Romboli (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, *cit.*, 100.

Tuttavia, oltre a tale possibilità, la vera sfida sarà quella di attivare percorsi virtuosi in cui, nell'economia di mercato, si sappiano inserire meccanismi di giustizia ed equità sociale⁷⁵ capaci di garantire l'effettiva realizzazione di uno "Stato dal volto umano"⁷⁶.

dirittifondamentali.it

⁷⁵ F. POLITI, *Diritti sociali e democrazia rappresentativa*, in *Lettera AIC*, 1/2023.

⁷⁶ A. MORO, *Il volto umano del diritto. Stato diritto società*, F. Vittoria (a cura di), Napoli, 2016.

Il diritto all'istruzione dei disabili fra discriminazione e tagli di bilancio. Esiste un diritto alla differenza?

di
Alessia Fonzi*

Sommario: 1. Introduzione. 2. La vulnerabilità *nel* diritto all'istruzione. 3. La vulnerabilità *del* diritto all'istruzione. L'attuazione del diritto alla prova delle risorse finanziarie disponibili. 4. Diritto all'istruzione e vulnerabilità nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo.

1. Introduzione.

La decisione della Corte di Strasburgo del 10 settembre 2020, che condanna l'Italia per la violazione dell'articolo 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo in combinato disposto con l'articolo 2 del Protocollo n.1, in tema di diritto all'istruzione di una bambina disabile, offre lo spunto per una riflessione sul concetto di vulnerabilità inteso come elemento in grado di alterare il diritto a non essere discriminati.

È d'obbligo partire dalle conclusioni di questa decisione: la differenza di trattamento con riferimento al diritto all'istruzione rilevata nei confronti della bambina disabile integra una discriminazione sulla base dell'handicap, discriminazione che le autorità avrebbero potuto evitare se solo avessero individuato un giusto equilibrio fra i bisogni educativi dell'alunna e la ristretta capacità finanziaria dell'amministrazione; il giusto equilibrio è da rinvenirsi per i giudici nella circostanza che i sacrifici richiesti, in ossequio al dovere di solidarietà,

* Ricercatrice di diritto costituzionale presso l'Università dell'Aquila

avrebbero dovuto essere distribuiti equamente fra gli alunni e non a danno esclusivo dell'alunna con disabilità, pena la violazione dell'art. 14 CEDU che sancisce il divieto di discriminazione.

Le conclusioni cui giunge la Corte di Strasburgo, tuttavia, meritano una riflessione sul concetto di vulnerabilità rispetto al principio di non discriminazione, che può essere inteso come il diritto di una persona vulnerabile a godere pienamente delle libertà e diritti di tutti oppure come il diritto a non essere discriminati, nel senso che se è necessario un abbassamento del livello delle garanzie, questo deve comunque riguardare tutti, vulnerabili e non.

Attraverso l'analisi dei profili giuridici distintivi della condizione di disabilità¹, intesa come una forma particolare di vulnerabilità², la presente riflessione intende soffermarsi sul principio di non discriminazione nel diritto all'istruzione, al fine di verificare se esiste un diritto alla differenza degli alunni vulnerabili e come si concilia con le limitate risorse finanziarie attualmente destinate al "sistema scuola".

2. La vulnerabilità nel diritto all'istruzione.

La questione della vulnerabilità rispetto al diritto all'istruzione ha trovato sia nel legislatore, con la legge n. 104 del 1992, sia nelle decisioni della Corte costituzionale un importante riconoscimento. Il principio dell'inclusione scolastica, cui si è pervenuti all'esito di un articolato processo evolutivo, è una condizione preliminare ed indispensabile per la realizzazione dell'inclusione sociale³, quale

¹ Per condizione di disabilità si intende la disabilità certificata ai sensi della legge 104/1992, ma anche i Disturbi specifici di apprendimento certificati ai sensi della legge 8 ottobre 2010, n. 170 recante «Nuove norme in materia di disturbi specifici di apprendimento in ambito scolastico». L'art. 1, al primo comma, definisce disturbi specifici di apprendimento (DSA) la dislessia, la disgrafia, la disortografia e la discalculia, quali condizioni che possono manifestarsi anche in assenza di patologie neurologiche e di deficit sensoriali, ma che possono costituire una limitazione importante per alcune attività della vita quotidiana. La dir. min. 27 dicembre 2012 estende il principio della flessibilità didattica, e il diritto ad una didattica individualizzata e personalizzata all'intera area dei cosiddetti Bisogni Educativi Speciali (BES), con i quali si intendono condizioni di svantaggio socio-economico, linguistico e culturale dell'alunno.

² Sulla vulnerabilità v. P. SCARLATTI, *I diritti delle persone vulnerabili*, Napoli, 2022, 1 e ss.

³ Così G. MATUCCI, *Il diritto/dovere all'inclusione scolastica*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2019, 38 e ss. Nella giurisprudenza costituzionale si vedano, *ex plurimis*, la sentenza del 21 maggio 1975, n. 125, del 2 giugno 1983, n. 163, dell'8 giugno 1987, n. 215 e del 26 febbraio 2010, n. 80.

presupposto per lo sviluppo della personalità della persona disabile sia come singolo sia nelle formazioni sociali. Il concetto di inclusione è, dunque, il corollario dell'attuazione dei principi posti dall'articolo 2 della Costituzione e dal secondo comma dell'articolo 3, che richiedono l'intervento positivo dello Stato per rimuovere gli ostacoli di ordine economico, politico e sociale che impediscono lo sviluppo della persona⁴ al fine di rimuovere le diseguaglianze di fatto e le condizioni di subalternità sociale quale tratto caratterizzante la democrazia pluralistica⁵.

Invero, il concetto di inclusione, declinata nel significato di inclusione scolastica, trova un riconoscimento esplicito nell'articolo 34 della Costituzione, il quale, nell'affermare che "la scuola è aperta a tutti", scandisce il diritto all'accesso indiscriminato ed effettivo all'istituzione scolastica⁶; l'articolo 38, al terzo comma,

⁴ In questi termini C. COLAPIETRO, *Una scuola "aperta" a tutti e a ciascuno: la scuola inclusiva ai tempi della crisi*, in *Diritto all'istruzione e inclusione sociale*, a cura di G. Matucci, Milano, 2019, 12 e ss.; sul tema dei diritti dei disabili si vedano anche C. COLAPIETRO, *I principi-valori della "pari dignità sociale" e del "pieno sviluppo della persona umana" quale fondamento costituzionale della tutela delle persone con disabilità*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011; ID., *Diritti dei disabili e Costituzione*, Napoli, 2011; ID., "Disabilità, crisi economica e giudice costituzionale", in *Assistenza, inclusione sociale e diritti delle persone con disabilità - A vent'anni dalla legge 5 febbraio 1992 n. 104*, Atti del convegno internazionale tenutosi presso la Fondazione Santa Lucia IRCCS di Roma e l'Università degli Studi Roma Tre, Facoltà di Scienze Politiche, 13 e 14 giugno 2012, a cura di C. Colapietro e A. Salvia, Napoli, 2013, 159 ss.; C. CROCETTA, *Il diritto all'istruzione e all'integrazione dei minori disabili a scuola: diritto effettivo o "paper right"?*, in M. Cerato, F. Turlon (a cura di), *Scuola famiglia e minori. Profili normativi e psicologici*, Pisa, 2018, 60 e ss.; G. A. FERRO, *Diritto allo studio e integrazione scolastica dei soggetti diversamente abili*, in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, III, Torino, 2011, 1373 e ss.; S. TROILO, *Tutti per uno o uno contro tutti? Il diritto all'istruzione e all'integrazione scolastica dei disabili nella crisi dello Stato sociale*, Milano, 2012; ID., "I 'nuovi' diritti sociali: la parabola dell'integrazione scolastica dei disabili", in *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza*, a cura di E. Cavasino, Napoli, 2013, 535 e ss.; G. ARCONZO, *La normativa a tutela delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Università e persone con disabilità. Percorsi di ricerca applicati all'inclusione a vent'anni dalla legge n. 104 del 1992*, a cura di M. D'Amico e G. Arconzo, Milano, 2013, 17 e ss.; P. ADDIS, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità: profili sostanziali e giurisprudenziali*, in E. Catelani, R. Tarchi (a cura di), *I diritti sociali nella pluralità degli ordinamenti*, Napoli, 2015, 149 e ss.; F. BLANDO, *Soggetti disabili e istruzione: la lotta per il diritto*, in *federalismi.it*, 2017. Per una prospettiva comparata si veda P. BIANCHI, *La tutela delle persone con disabilità nella prospettiva comparata*, in *Assistenza inclusione sociale e diritti delle persone con disabilità*, a cura di C. Colapietro, A. Salvia, Napoli, 2013, 364 e ss.

⁵ Cfr. P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, 2006, 129 e ss.

⁶ In tal senso la sentenza della Corte costituzionale n. 215 del 1987, nella quale si afferma che «l'art. 34, primo comma, Cost. pone un principio nel quale la basilare garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo "nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità" apprestata

(gli inabili ed i minorati hanno diritto all'educazione ed all'avviamento professionale) definisce ulteriormente il profilo dell'accoglienza della scuola rispetto alle varie situazioni presenti nella realtà⁷ e completa il fondamento costituzionale del principio dell'inclusione. La nozione di inclusione non presuppone una disabilità certificata, o almeno non si limita a questa, ma riguarda l'utenza scolastica nel suo complesso, dal momento che le situazioni capaci di interferire con il processo di apprendimento dell'individuo sono plurime e diversificate e possono attenersi non solo a condizioni patologiche, ma anche a condizioni ambientali o familiari che possono interferire nel processo di apprendimento dell'alunno.

L'inclusione⁸ rappresenta l'ultima tappa di un percorso legislativo e giurisprudenziale che è partito dalla elaborazione del concetto di inserimento dell'alunno, per concepirne in un secondo momento l'integrazione ed infine l'inclusione: si tratta di distinte modalità operative attraverso le quali si è giunti al riconoscimento dell'inclusione come valore costitutivo del diritto all'istruzione dell'alunno vulnerabile. L'inserimento, infatti, è stato introdotto con la legge 4

dall'art. 2 Cost. trova espressione in riferimento a quella formazione sociale che è la comunità scolastica. L'art. 2 poi, si raccorda e si integra con l'altra norma, pure fondamentale, di cui all'art. 3, secondo comma, che richiede il superamento delle sperequazioni di situazioni sia economiche che sociali suscettibili di ostacolare il pieno sviluppo delle persone dei cittadini. Lette alla luce di questi principi fondamentali, le successive disposizioni contenute nell'art. 34 palesano il significato di garantire il diritto all'istruzione malgrado ogni possibile ostacolo che di fatto impedisca il pieno sviluppo della persona». In dottrina, M. BENVENUTI, *Art. 34 Cost.*, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, a cura di F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G. E. Vigevani, I, Bologna, 2018, 228 e ss.; ID., "La scuola è aperta a tutti"? Potenzialità e limiti del diritto all'istruzione tra ordinamento statale e ordinamento sovranazionale, in *La dimensione europea dei diritti sociali*, a cura di P. Bilancia, Torino, 2019, 99 e ss.; A. POGGI, *Art. 34 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, I, Torino 2006, 704; Q. CAMERLENGO, *Art. 34 Cost.*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole, R. Bin, Padova 2008, 341 e ss.

⁷ Sull'articolo 38 della Costituzione v. in dottrina G. ARCONZO, *Art. 38 Cost.*, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, a cura di F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G.E. Vigevani, I, cit., 255 e ss.; C. TRIPODINA, *Art. 38 Cost.*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole, R. Bin, cit., 374; L. VIOLINI, *Art. 38 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, I, cit., 790 e ss.

⁸ Sulla nozione di inclusione scolastica v. A. LAMBERTI, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità e inclusione scolastica*, Napoli, 2020; F. MASCI, *L'inclusione scolastica dei disabili: inclusione sociale di persone*, in *Costituzionalismo.it*, 2017; G. MATUCCI (a cura di), *Diritto all'istruzione e inclusione sociale*, Milano, 2019.

agosto 1977, n. 5177, che, abolendo le classi cosiddette “differenziali”, ha consentito l’inserimento degli alunni con disabilità nelle classi “comuni”, le quali non subiscono trasformazioni o adattamenti particolari in considerazione dei bisogni specifici degli alunni vulnerabili. L’integrazione, al contrario, presuppone un passaggio ulteriore in quanto il soggetto con bisogni particolari è inserito in un contesto ordinario a cui però è in grado di adattarsi attraverso la fruizione di una serie di misure di tutela, di “correttivi”, previsti dalla legge 104 del 1992, secondo la logica delle azioni positive o delle discriminazioni a rovescio che consentono di riportare i vulnerabili ai medesimi punti di partenza degli alunni che si trovano in una (presunta) “condizione di normalità”.

In questo contesto, dunque, il diritto all’istruzione dei disabili può essere inteso come un diritto di seconda generazione, nella misura in cui si caratterizza per l’emersione, accanto al profilo negativo della libertà di agire dell’individuo, anche della dimensione positiva dell’intervento del potere pubblico per garantire l’effettività del diritto⁹; in questa prospettiva l’evoluzione e l’effettivo riconoscimento del diritto all’istruzione dei disabili passano attraverso la definizione del contenuto e l’attuazione in termini di attribuzione delle risorse finanziarie necessarie per l’effettivo godimento dello stesso.

Dal primo punto di vista, il diritto all’istruzione delle persone con disabilità è stato espressamente qualificato come diritto fondamentale non solo dalla Corte costituzionale, ma anche dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione e dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Due sono le principali decisioni che costituiscono il *fil rouge* nel percorso che ha condotto al riconoscimento della vulnerabilità nel diritto all’istruzione: la sentenza

⁹ Sul punto V. BALDINI, “Che cos’è un diritto fondamentale”. *La classificazione dei diritti fondamentali. Profili storico-teorico-positivi*, in *Dirittifondamentali.it*, 2016, 31 e ss. L’A. afferma che “ben noto è, poi, lo sviluppo legislativo che nel tempo ha ricevuto il diritto fondamentale all’istruzione attraverso, ad es., l’effettività del diritto allo studio in osservanza dell’art. 34, c. 3., Cost., o la regolamentazione del diritto all’integrazione scolastica delle persone diversamente abili”. Anche in queste ipotesi, come nel diritto alla salute, “l’esercizio effettivo del diritto resta condizionato all’intervento del legislatore chiamato a fissare, tra l’altro, strumenti, tempi e modi della relativa tutela, compatibilmente con le generali disponibilità finanziarie dello Stato”.

n. 25011 del 2014 delle Sezioni Unite della Cassazione e la sentenza n. 7 del 2016 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Nella prima decisione la Cassazione procede alla ricognizione delle fonti che interessano il diritto all'istruzione delle persone con disabilità: un articolato quadro normativo (invero già delineato nella sentenza della Corte costituzionale n. 80 del 2010) che assicura a tale diritto una «specifica tutela» sul piano internazionale, europeo ed interno.

Dal primo punto di vista, la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità¹⁰ all'articolo 24 pone a carico degli Stati il compito di dar vita ad un sistema educativo che preveda la loro integrazione scolastica a tutti i livelli, finalizzata al pieno sviluppo della persona umana, della dignità e del rafforzamento del rispetto dei diritti umani, delle libertà fondamentali e della diversità. L'intervento dello Stato deve essere in grado di garantire non solo l'abbattimento delle barriere che impediscono l'integrazione del disabile, ma anche la predisposizione di accomodamenti ragionevoli per andare incontro alle esigenze individuali del disabile.

A livello europeo il tema della disabilità viene declinato attraverso il principio di non discriminazione: l'articolo 2 del TUE proclama il rispetto della dignità umana e dell'uguaglianza, mentre gli articoli 9 e 10 del TFUE definiscono due criteri-obiettivo delle politiche dell'Unione, ovvero la promozione di un elevato livello di istruzione e la lotta contro ogni tipo di discriminazione, compresa quella fondata sulla disabilità (articolo 19 TFUE). La medesima impostazione caratterizza la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che all'articolo 14 prevede che ogni persona ha diritto all'istruzione, mentre all'articolo 14 sancisce il principio di non discriminazione che all'articolo 21 viene specificato come discriminazione fondata sulla disabilità. Nello specifico l'articolo 26 riconosce e rispetta il diritto delle persone con disabilità di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita sociale.

¹⁰ Firmata a New York, 13 dicembre 2006, resa esecutiva in Italia con legge di autorizzazione alla ratifica 3 marzo 2009, n. 18.

Sul piano del diritto interno la cornice degli articoli 34 e 38 della Costituzione, unitamente al principio personalista dell'articolo 2, contribuisce alla rimozione degli ostacoli che impediscono lo sviluppo della persona vulnerabile. In attuazione di questi principi la legge 5 febbraio 1992, n. 104, all'articolo 12 attribuisce al disabile il diritto soggettivo all'educazione ed all'istruzione nelle sezioni di scuola materna, nelle classi comuni delle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado e nelle istituzioni universitarie.

Tale consistente "copertura" positiva ha consentito ai giudici di legittimità di qualificare il diritto all'istruzione dei disabili come diritto «ascritto alla categoria dei diritti fondamentali» e a concludere che la sua «effettività» è garantita grazie anche alla somministrazione delle ore di sostegno, contemplata dal legislatore nazionale.

L'insegnante di sostegno viene inteso come un docente specializzato che, assumendo la contitolarità della classe o delle sezioni, partecipa a pieno titolo alla programmazione educativa e didattica e favorisce l'integrazione del disabile con l'intera classe, non rapportandosi isolatamente con lui.

Da questo punto di vista emerge la centralità del Piano educativo individualizzato (PEI) quale documento elaborato in collaborazione fra genitori e scuola nel quale vengono specificate le esigenze dell'alunno disabile: vi sono, infatti, indicate le ore di sostegno necessarie ai fini dell'educazione e dell'istruzione dell'alunno disabile, frutto di una scelta condivisa fra famiglia ed amministrazione scolastica in grado di consentire l'inclusione dell'alunno disabile nella comunità scolastica e la piena attuazione del diritto all'istruzione. Al riguardo, l'articolo 12 della legge 104 del 1992 richiede l'indicazione delle difficoltà di apprendimento conseguenti alla disabilità e le possibilità di recupero nonché le capacità possedute che devono essere sostenute e progressivamente rafforzate nel rispetto della persona disabile¹¹.

¹¹ L'articolo 10, comma 5, del d. l. 31 maggio 2000, n. 78 (Misure urgenti in tema di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica), conv. con modif. dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, ha previsto che i soggetti chiamati a formulare il piano educativo individualizzato elaborano anche proposte relative all'individuazione delle risorse necessarie, compresa l'indicazione del numero delle ore di sostegno, che devono essere finalizzate all'educazione e all'istruzione, restando a carico degli altri soggetti istituzionali la fornitura delle altre risorse

La centralità delle previsioni del piano educativo individuale si riflette sulla discrezionalità dell'amministrazione di rimodulare o di sacrificare in via autoritativa, in ragione della scarsità delle risorse finanziarie disponibili per il servizio, le misure di supporto integrativo previste dal piano. L'amministrazione scolastica, infatti, è priva del potere discrezionale di modifica, in senso peggiorativo, delle previsioni del piano educativo, ma al contrario ha il dovere di assicurare l'assegnazione in favore dell'alunno del personale docente specializzato ricorrendo, laddove necessario, anche all'attivazione di un posto di sostegno in deroga al rapporto insegnanti/alunni¹² per rendere possibile la fruizione effettiva del diritto all'istruzione dell'alunno disabile. L'omissione o l'insufficiente attuazione delle misure di sostegno, per i giudici di legittimità, si risolvono in una contrazione sostanziale del diritto del disabile all'inclusione *lato sensu* intesa nella comunità scolastica, suscettibile di concretizzare una discriminazione indiretta, laddove non sia accompagnata da una corrispondente contrazione dell'offerta formativa riservata agli altri alunni normodotati, vietata dall'articolo 2 della legge 67 del 2006 in quanto produca l'effetto di mettere l'alunno disabile in una posizione di svantaggio rispetto agli altri alunni.

I riferimenti delle Sezioni unite della Cassazione alla legge n. 67 del 2006 aprono la strada ad alcune riflessioni in tema di tutela (giurisdizionale) del diritto all'istruzione del disabile, sulle quali appare opportuno ripercorrere le

professionali e materiali necessarie per l'integrazione e l'assistenza dell'alunno disabile richieste dal piano educativo individualizzato. Il decreto interministeriale n. 182 del 29 dicembre 2020 ha elaborato il nuovo schema del PEI, previsto dal decreto legislativo 66 del 2017 (che sarebbe dovuto entrare in vigore già il 1° gennaio 2019) ed ha valorizzato il principio di autodeterminazione dello studente con disabilità. Sul punto A. LAMBERTI, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità*, cit., 61 e ss.

¹² L'articolo 19, comma 11, del d. l. 6 luglio 2011, n. 98, conv. con modif. dalla L. 15 luglio 2011, n. 111, stabilisce che "L'organico dei posti di sostegno è determinato secondo quanto previsto dai commi 413 e 414 dell'articolo 2 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, fermo restando che è possibile istituire posti in deroga, allorché si renda necessario per assicurare la piena tutela dell'integrazione scolastica". La previsione dei posti in deroga è stata oggetto di una pronuncia della Corte costituzionale (sentenza n. 80 del 2010) che ha dichiarato incostituzionale l'art. 2, comma 413, della legge n. 244 del 2007 (legge finanziaria 2008), nella parte in cui fissava un limite massimo al numero dei posti degli insegnanti di sostegno, e l'art. 2, comma 414, della medesima legge, nella parte in cui escludeva la possibilità, già contemplata dalla legge n. 449 del 1997, di assumere insegnanti di sostegno in deroga, in presenza nelle classi di studenti con disabilità grave, una volta esperiti gli strumenti di tutela previsti dalla normativa vigente.

considerazioni del Supremo Collegio amministrativo (Cons. Stato, Ad. Plen, 12 aprile 2016, n. 7) che, nel riconoscere la natura di diritto fondamentale al diritto all'istruzione dei disabili, sul piano della tutela ne conferma l'impostazione "a doppio binario".

Ciò significa che nelle ipotesi in cui si faccia valere una discriminazione, diretta o indiretta, ai sensi della legge n. 67 del 2006 (Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni), la cognizione spetta al giudice ordinario avverso gli atti e i comportamenti discriminatori. Qualora, al contrario, si controverta sulla legittimità dell'azione amministrativa, si configura la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di servizi pubblici; la cognizione e la tutela dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti non appare estranea all'ambito della potestà giurisdizionale amministrativa, nella misura in cui il loro concreto esercizio implica l'espletamento di poteri pubblicistici, preordinati non solo alla garanzia della loro integrità, ma anche alla conformazione della loro ampiezza, in ragione della necessità di tutelare interessi costituzionali¹³.

In questa direzione il giudice amministrativo¹⁴, onde assicurare una tutela davvero effettiva per il caso che l'Amministrazione soccombente non avesse dato seguito a quanto deciso nel termine fissato, si è premurato di nominare "Commissario" direttamente in sentenza il Dirigente Generale per le Risorse Umane e Finanziarie del MIUR, abilitandolo a compiere tutti gli atti necessari, comprese le eventuali modifiche di bilancio, a carico e spese dell'Amministrazione inadempiente.

Chiarito, dunque, che agli alunni con disabilità è garantita una duplice via processuale di tutela, giova ora svolgere alcune considerazioni sul piano sostanziale circa il contenuto del diritto fondamentale in parola, la cui piena

¹³ Così Ad. Plen n. 7 del 2016 secondo cui "l'affermazione dell'estensione della giurisdizione esclusiva amministrativa anche alla cognizione dei diritti fondamentali (...) non vale in alcun modo a sminuire l'ampiezza della tutela giudiziaria agli stessi assicurata, nella misura in cui al giudice amministrativo è stata chiaramente riconosciuta la capacità di assicurare anche ai diritti costituzionalmente protetti una tutela piena e conforme ai precetti costituzionali di riferimento (Corte Cost., sentenza 27 aprile 2007, n. 140), che nessuna regola o principio generale riserva in via esclusiva alla cognizione del giudice ordinario".

¹⁴ TAR Campania, Napoli, Sez. IV, n. 44 del 2019.

realizzazione esige, come accennato in precedenza, la redazione e l'esecuzione (fedele) del Piano educativo individuale, il quale specifica le esigenze dell'alunno disabile. Con particolare riferimento alle ore di sostegno ed alla presenza dell'insegnante di sostegno in classe il Consiglio di Stato (Sez. VI, 3 maggio 2017, n. 2023) ha chiarito che l'insegnante di sostegno non è "assegnato" ad un particolare alunno: egli è invece presente in classe unitamente all'insegnante titolare della materia, segue in via diretta l'alunno disabile che vi è presente e in generale è chiamato ad adempiere alle "ineliminabili (anche sul piano costituzionale) forme di integrazione e di sostegno" a suo favore.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto la legge n. 13 luglio 2015, n. 107 (Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti), cosiddetta "Buona Scuola", all'art. 1, comma 124, prevede che "la formazione in servizio dei docenti di ruolo è obbligatoria, permanente e strutturale" e che avvenga "sulla base delle priorità nazionali indicate nel Piano nazionale di formazione". Il Piano per la formazione dei docenti 2016-2019, adottato con il decreto ministeriale 19 ottobre 2016, n. 797, contempla l'inclusione e la disabilità tra le "priorità per la formazione" (come precisato, peraltro, anche dalla nota della direzione generale per il personale scolastico del 19 novembre 2018, prot. 50912) e l'Atto di indirizzo politico - istituzionale per l'anno 2020 del Ministro dell'istruzione colloca l'inclusione scolastica tra le "priorità politiche".

Sembra, allora, di poter intravedere una linea di continuità fra questi ultimi interventi e la Direttiva Ministeriale del 27 dicembre 2012 intitolata "Strumenti d'intervento per alunni con bisogni educativi speciali e organizzazione territoriale per l'inclusione scolastica", ove *in apicibus* si afferma la necessità di potenziare "la cultura dell'inclusione, e ciò anche mediante un approfondimento delle relative competenze degli insegnanti curricolari, finalizzata ad una più stretta interazione tra tutte le componenti della comunità educante". In tema di inclusione scolastica il riferimento positivo principale oggi non può che esser rinvenuto nel D. Lgs. 13 aprile 2017, n. 66 (Norme per la promozione dell'inclusione scolastica degli studenti

con disabilità, a norma dell'articolo 1, commi 180 e 181, lettera c), della legge 13 luglio 2015, n. 107) che ha provveduto a razionalizzare la non del tutto organica disciplina sull'inclusione degli alunni con disabilità, quale intervento indubbiamente auspicabile ai fini di un corretto inquadramento della problematica. Resta fondamentale ancor'oggi, in ogni modo, l'accurata e tempestiva redazione del PEI, tanto che la sua assenza non consente di ammettere l'alunno all'esame di Stato perché nello scrutinio non è possibile effettuare la dovuta valutazione dei progressi e degli obiettivi raggiunti. Il fondamento delle considerazioni svolte è, dunque, nell'art. 34 della Costituzione, il quale, nel sancire che "la scuola è aperta a tutti", aveva inteso evitare che il censo fosse di ostacolo all'accesso all'istruzione. Emilio Betti nella "Conversazione" tenuta il 2 marzo 1959 al collegio Borromeo di Pavia osservava come una norma possa maturare nel tempo un "esito sociale ulteriore, ancorché non intenzionale"¹⁵. Si può allora affermare che la perdurante attualità della previsione costituzionale stia proprio nell' "esito sociale ulteriore" di garantire, fra l'altro, anche l'inclusione scolastica, venendo a costituire oggi il primo riferimento positivo del diritto fondamentale all'istruzione delle persone con disabilità, diritto che non può tollerare un abbassamento delle garanzie dovuto alla scarsità delle risorse disponibili.

3. La vulnerabilità del diritto all'istruzione. L'attuazione del diritto alla prova delle risorse finanziarie disponibili.

L'attuazione del diritto all'istruzione delle persone disabili passa invero anche attraverso l'erogazione delle risorse finanziarie necessarie per assicurarne la fruizione da parte degli interessati. La scarsità delle stesse, infatti, e la non adeguata ripartizione fra le diverse esigenze può determinare, fra le conseguenze, la vulnerabilità del diritto all'istruzione.

Sul punto appare opportuno partire dalle considerazioni di carattere generale richiamate dalla Corte costituzionale che pongono il limite implicito alla gestione delle risorse finanziarie o la regola sulla quale costruire il bilanciamento fra le diverse esigenze.

¹⁵ E. BETTI, *Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva*, in *Jus*, 1959, 199.

Nella sentenza n. 275 del 2016 la Corte costituzionale, nel richiamare i precedenti (la sentenza n. 215 del 1987 e la sentenza n. 80 del 2010) è stata esplicita nell'affermare che "è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione"; in applicazione di questo *modus operandi* suggellato dalla Corte costituzionale il Consiglio di Stato ha chiarito che le posizioni degli alunni disabili devono prevalere sulle esigenze di natura finanziaria (Cons. Stato, Sez. VI, 3 maggio 2017, n. 2023).

Al riguardo, il percorso condotto dalla giurisprudenza costituzionale costituisce un *climax* verso il riconoscimento pieno ed effettivo del diritto all'istruzione dei disabili, inteso come opportunità di "emancipazione della persona invalida, garanzia del diritto al lavoro, effettività dell'avviamento professionale e partecipazione sociale"¹⁶.

"L'esistenza di un pieno diritto all'istruzione delle persone con disabilità" e quindi la "rimozione – costituzionalmente doverosa – degli ostacoli che cagionano una condizione di disegualianza delle persone con disabilità rispetto al resto del corpo sociale" sono il portato di una sentenza della Corte costituzionale¹⁷, la quale ha avuto il merito di fissare i confini sul piano della tutela costituzionale del disabile in ambito scolastico che sono stati poi affermati più volte nella giurisprudenza successiva, ed infine enunciati nella legge n. 104 del 1992.

¹⁶ Corte costituzionale, sent. n. 163 del 1983.

¹⁷ Corte cost., sentenza n. 215 del 1987, sulla quale v. M. DOGLIOTTI, *Diritti della persona ed emarginazione: minori, anziani, handicappati*, in *Giur. It.*, 1987, 361; D. FERRI, *La giurisprudenza costituzionale sui diritti delle persone con disabilità e lo 'Human Rights Model of Disability': "convergenze parallele" tra Corte costituzionale e Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità*, in *dirittifondamentali.it*, 2020, 530 e ss.; F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 72 e ss.; C. MORO, *L'eguaglianza sostanziale ed il diritto allo studio: una svolta della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1987, 3064 e ss.; L. NANNIPIERI, *Il diritto all'istruzione del disabile nelle fonti nazionali tra problemi definitivi, giurisprudenza costituzionale e giudici di merito*, in *rivistaaic.it*, 2012; A. PATTI, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità: le pronunce Dupin contro Francia e Stoian contro Romania alla luce della normativa italiana*, in *forumcostituzionale.it*, 2020. Per una ricostruzione del rapporto fra diritto all'istruzione e vincoli di bilancio, v. A. LAMBERTI, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità: tutela giurisdizionale ed equilibrio di bilancio*, in *Dirittifondamentali.it*, 2022, 30 e ss.

La sentenza n. 215 del 1987 ha chiarito anche che al disabile deve essere garantito il diritto all'istruzione "malgrado ogni possibile ostacolo che di fatto impedisca il pieno sviluppo della persona", giacchè, nel porre l'accento proprio sugli ostacoli di ordine economico, palesa la consapevolezza della necessità di annullare la disuguaglianza delle posizioni di partenza.

Non a caso i giudici costituzionali precisano che "onde garantire l'effettività del diritto all'educazione (...) di minorati ed invalidi- e quindi dei portatori di handicaps- lo stesso art. 38 dispone, al quarto comma, che ai compiti a ciò inerenti debbano provvedere "organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato". Ciò, per un verso, evidenzia la doverosità delle misure di integrazione e sostegno idonee a consentire ai portatori di handicaps la frequenza degli istituti d'istruzione anche superiore: dimostrando, tra l'altro, che è attraverso questi strumenti, e non col sacrificio di quelli, che va realizzata la composizione tra la fruizione di tale diritto e le esigenze di funzionalità del servizio scolastico".

La sentenza n. 215 del 1987 costituisce dunque il presupposto delle previsioni della l. n. 104 del 1992, nella quale trovano realizzazione gli artt. 2, 3, 34 e 38 Cost. nei confronti dei soggetti vulnerabili.

Con la sentenza n. 167 del 1999, il tema della disabilità da questione individuale diventa questione dell'intera collettività: la Corte sottolinea infatti come il legislatore non si sia limitato "ad innalzare il livello di tutela in favore dei soggetti disabili", ma abbia abbracciato "un radicale mutamento di prospettiva rispetto al modo stesso di affrontare i problemi delle persone affette da invalidità, considerati ora quali problemi non solo individuali, ma tali da dover essere assunti dall'intera collettività"¹⁸

Nella decisione n. 467 del 2002, la Corte fa un ulteriore passo in avanti, dichiarando il diritto all'educazione dei disabili sin dagli asili nido, riconoscendo a costoro la relativa indennità di frequenza; in tal modo giunge a negare che l'attribuzione

¹⁸ Sulla sentenza v. N. LIPARI, *Principio di eguaglianza ed esercizio della giurisdizione*, in *questionegiustizia.it*, 2020, 15; A. D. MARRA, *Le barriere architettoniche provocano una discriminazione indiretta*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2021, 226; P. VITUCCI, *Il passaggio coattivo e le persone handicappate*, in *Giur. cost.*, 1999, 1615.

dell'assegno fosse riservata alla discrezionalità legislativa, poiché anche l'asilo rappresenta un momento utile alla formazione e socializzazione dei disabili.

È in tempi più recenti, però, che la Corte, chiarisce l'insuscettibilità del diritto all'istruzione dei disabili ad essere compresso per ragioni di vincoli di bilancio (sentenza 80 del 2010)¹⁹. In questa pronuncia la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale parziale dell'art. 2, comma 413, legge finanziaria del 2008 (legge 24 dicembre 2007, n. 244), nella parte in cui condiziona l'esercizio del diritto all'istruzione dei disabili alla compatibilità con il bilancio dello Stato; qualifica tale diritto come diritto soggettivo fondamentale, la cui fruizione deve essere assicurata attraverso *"misure di integrazione e sostegno idonee a garantire ai portatori di handicaps la frequenza degli istituti d'istruzione"*.

E pur riconoscendo come il legislatore goda di ampia discrezionalità nella individuazione delle misure necessarie a tutela dei diritti delle persone disabili, i giudici hanno avuto modo di affermare che *"detto potere discrezionale non ha carattere assoluto e trova un limite nel "(...) rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati" (sentenza n. 251 del 2008 che richiama sentenza n.226 del 2000) (...) limite invalicabile all'intervento normativo discrezionale del legislatore"*.

¹⁹ Sulla sentenza n. 80 del 2010, v. L. CASO, *Il costo dei diritti e della loro tutela tra Unione europea e autonomie territoriali*, in *Rivista della Corte dei conti*, 2018; L. CASTELLI, *Alla ricerca del "limite dei limiti": il "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali nel dialogo fra le Corti*, in *rivistaaic.it*, 2021; C. COLAPIETRO, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il "nuovo" diritto alla socializzazione*, in *dirittifondamentali.it*, 2020; F. GAMBARDELLA, *Diritto all'istruzione dei disabili e vincoli di bilancio nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *nomos-leattualitaneldiritto.it*, 2017; F. GIRELLI, *La garanzia del diritto fondamentale all'istruzione delle persone con disabilità*, in *dirittifondamentali.it*, 2020; ID., *Disabili a scuola: il Consiglio di Stato "segue" la Consulta*, in *giurcost.org*, 2010; M. LOTTINI, *Scuola e disabilità. I riflessi della sentenza 80 del 2010 della Corte Costituzionale sulla giurisprudenza del giudice amministrativo*, in *Foro amm. (T.a.r)*, 2010, 2403; F. MASCI, *La tutela costituzionale della persona disabile*, in *federalismi.it*, 2020; D. MORANA, *I rapporti tra Parlamento e Corte costituzionale nella garanzia dei diritti sociali*, in *amministrazioneincammino.it*, 2015; L. NANNIPIERI, *Il diritto all'istruzione del disabile nelle fonti nazionali tra problemi definitivi, giurisprudenza costituzionale e giudici di merito*, in *rivistaaic.it*, 2012; A. PIROZZOLI, *La discrezionalità del legislatore nel diritto all'istruzione del disabile*, in *rivistaaic.it*, 2010; L. TRIA, *Il ruolo della Corte costituzionale nella tutela dei diritti sociali nell'ambito dell'ordinamento integrato*, in *www.europeanrights.eu*, 2012; ID., *La più recente giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di rapporti tra l'ordinamento nazionale e l'ordinamento europeo (con lo sguardo rivolto alla tutela del diritto al lavoro e alla sicurezza sociale)*, in *www.europeanrights.eu*, 2010; S. TROILO, *I "nuovi" diritti sociali: la parabola dell'integrazione scolastica dei disabili*, in *gruppodipisa.it*, 2012.

Le norme incostituzionali, nel caso sottoposto alla Corte, riguardavano, da un lato, la previsione di un limite massimo al numero dei posti degli insegnanti di sostegno, dall'altro, l'esclusione della possibilità, già contemplata dalla legge 27 dicembre 1997, n. 449, di assumere insegnanti di sostegno in deroga, nelle classi di studenti con disabilità grave.

A tal fine, emerge il rilievo del docente di sostegno e, in una logica non apicale ma circolare, tale figura non potrà mai essere sostituita con quella del tutor dell'inclusione, come sembra emergere nella legge n. 107 del 2015, posto che la Corte Costituzionale proprio nella sentenza n. 80 del 2010 ha affermato perentoriamente che essi sono chiamati "ad adempiere alle ineliminabili (anche sul piano costituzionale) forme di integrazione e di sostegno a favore degli alunni diversamente abili (sul punto anche C. Cost. n. 50 del 2002).

Occorre, dunque, un bilanciamento calibrato di volta in volta sul caso in esame, di modo che i vincoli di bilancio siano comunque presi in considerazione, ma senza essere destinati al primato assoluto, in una sorta di gerarchia mobile dettata dal caso concreto.

Secondo i giudici costituzionali, infatti, *"tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri (...) La Costituzione italiana, come la altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi (...) Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale"*²⁰.

²⁰ Così la sentenza n. 85 del 2013 sul caso ILVA, sulla quale R. BIN, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza "Ilva", in forumcostituzionale.it*, 2013; M. BONI, *Le politiche pubbliche dell'emergenza tra bilanciamento e "ragionevole" compressione dei diritti. brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva*, in *federalismi.it*, 2014; M. CECCHETTI, *La Corte costituzionale davanti alle "questioni tecniche" in materia di tutela dell'ambiente*, in *federalismi.it*, 2020; A. CIERVO, *Esercizi di neo-liberismo: in margine alla sentenza della Corte costituzionale sul caso ILVA*, in *Questione giustizia*, 2014, 125; G. DI COSIMO, *Corte costituzionale, bilanciamento di interessi e principio di*

Finanche la giurisprudenza contabile, che rappresenta il giudice naturale del controllo della spesa pubblica, si è pronunciata con recenti arresti in tema di spese per il personale, ritenendo, ad esempio, non sussistere i presupposti dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori locali di un Comune, che avevano assunto nuovi insegnanti, nonostante il rapporto tra spese del personale e spese correnti superasse i limiti di legge. Nella specie, infatti, un Comune aveva proceduto al reclutamento di personale a tempo determinato "nella misura strettamente necessaria" per soddisfare le esigenze di continuità dei servizi educativi della scuola dell'infanzia e degli asili nido comunali nel rispetto delle risorse finanziarie, nonostante il notevole disavanzo del conto di bilancio 2011.

In tale occasione il Giudice contabile ha mandato esenti da responsabilità gli amministratori locali, in quanto le norme sul contenimento della spesa pubblica non possono sacrificare la scuola e comprimere funzioni fondamentali come l'istruzione pubblica (Procura contabile della Regione Campania, 24 maggio 2013).

Il coronamento del ragionamento della Corte sul rapporto fra diritti e bilancio si ha nella sentenza n. 275 del 2016²¹, nella quale la Corte ritiene che il condizionamento

precauzione, in forumcostituzionale.it, 2015; L. GENINATTI SATÈ, "Caso Ilva": la tutela dell'ambiente attraverso la rivalutazione del carattere formale del diritto, in forumcostituzionale.it, 2013; A. MARCHETTI, Il "decreto Ilva": profili di costituzionalità di una legge-provvedimento, in federalismi.it, 2013; A. MARCHETTI, Il "decreto Ilva": profili di costituzionalità di una legge-provvedimento, in federalismi.it, 2013; V. ONIDA, Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente, in rivistaaic.it, 2013; G. SERENO, Alcune discutibili affermazioni della Corte sulle leggi in luogo di provvedimento, in Giur. cost., 2013, 1511; E. VIVALDI, Il caso Ilva: la "tensione" tra poteri dello Stato ed il bilanciamento dei principi costituzionali, in federalismi.it, 2013.

²¹ Sulla quale A. APOSTOLI, I diritti fondamentali "visti" da vicino dal giudice amministrativo. Una annotazione a "caldo" della sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016, in forumcostituzionale.it, 2017; F. BLANDO, Soggetti disabili e istruzione: la lotta per il diritto, in federalismi.it, 2017; G. BOGGERO, La garanzia costituzionale della connessione adeguata tra funzioni e risorse. Un "mite" tentativo di quadratura del cerchio tra bilancio, diritti e autonomie, in rivistaaic.it, 2019; C. BUZZACCHI, Il ruolo del "servizio sanitario e ospedaliero in ambito locale" alla luce dei parametri costituzionali dell'equilibrio di bilancio e dei LEA, in forumcostituzionale.it, 2020; R. CABAZZI, Diritti incompressibili degli studenti con disabilità ed equilibrio di bilancio nella finanza locale secondo la sent. della Corte costituzionale n. 275/2016, in forumcostituzionale.it, 2017; L. CARLASSARE, Bilancio e diritti fondamentali: i limiti "invalicabili" alla discrezionalità del legislatore, in Giur. cost., 2016, 2339; A. CAROSI, La Corte costituzionale tra autonomie territoriali, coordinamento finanziario e garanzia dei diritti, in associazionedeicostituzionalisti.rivista.it, 2017; I. CIOLLI, I diritti sociali "condizionati" di fronte alla Corte costituzionale, in Riv. Giur. lavoro e prev. Soc., 2017, 353; C. COLAPIETRO, I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il "nuovo" diritto alla

dell'erogazione del contributo regionale afferente al servizio di trasporto degli studenti disabili a poste di bilancio incerte ed aleatorie, non solo permetterebbe alla Regione di determinare ogni anno, in maniera del tutto arbitraria, la misura di tale finanziamento, ma si risolverebbe altresì in un grave pregiudizio per il diritto di questi ad aspirare alla frequenza e al sostegno nella scuola. Mutuando le parole della Consulta *“il condizionamento dell'erogazione del contributo alle disponibilità finanziarie, di volta in volta determinate dalla legge di bilancio, trasforma l'onere della Regione in una posta aleatoria ed incerta, totalmente rimessa alle scelte finanziarie dell'ente, con il rischio che esse divengano arbitrarie, in difetto di limiti predeterminati dalla legge, risolvendosi nell'illegittima compressione del diritto, la cui effettività non potrebbe essere finanziariamente condizionata”*.

Queste possono invero essere effettive solo ove vi sia certezza delle disponibilità finanziarie per il soddisfacimento del diritto in gioco, sia pure nel quadro dei compositi rapporti amministrativi e finanziari degli enti territoriali coinvolti (ovvero la Provincia di Pescara, ricorrente nel giudizio a quo, e la resistente Regione Abruzzo).

Pertanto, con riguardo alle situazioni giuridiche di tali soggetti meritevoli di tutela, la pronuncia sembra in linea con l'orientamento – già consolidatosi da tempo nella giurisprudenza costituzionale – secondo cui esisterebbe un contenuto minimo ed essenziale dei diritti, ossia quel *“nucleo minimo”* ed inderogabile che l'ordinamento giuridico deve sempre e comunque garantire, anche innanzi alle

socializzazione, in *dirittifondamentali.it*, 2020; F. DONATI, *Uguaglianza, diritti umani e vincoli di bilancio*, in *federalismi.it*, 2018; C. EQUIZI, *I rapporti finanziari fra Stato e Regioni: supremazia o collaborazione?*, in *gruppodipisa.it*, 2022; E. FURNO, *Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili*, in *nomos-leattualitaneldiritto.it*, 2017; F. GAMBARDELLA, *Diritto all'istruzione dei disabili e vincoli di bilancio nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *nomos-leattualitaneldiritto.it*, 2017; A. LONGO, *Una concezione del bilancio costituzionalmente orientata: prime riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in *federalismi.it*, 2017; A. LUCARELLI, *Il diritto all'istruzione del disabile: oltre i diritti finanziariamente condizionati*, in *Giur. cost.*, 2016, 2343; L. MADAU, *“E' la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione”*. Nota a Corte cost. n. 275/2016, in *associazioneidecostituzionalisti.osservatorio.it*, 2017; F. MASCI, *La tutela costituzionale della persona disabile*, in *federalismi.it*, 2020; F. PALLANTE, *Dai vincoli “di” bilancio ai vincoli “al” bilancio*, in *Giur. cost.*, 2016, 2499.

esigenze di razionalizzazione finanziaria riguardo agli enti territoriali, nella mera indicazione di “semplici” difficoltà economiche.

Invero, anche quando ammette il bilanciamento di un diritto costituzionalmente garantito con le risorse organizzative e finanziarie di cui l'apparato dispone, a vantaggio di queste ultime - specialmente nell'ambito della finanza locale - la giurisprudenza precisa, comunque, che si deve trattare di limiti oggettivi o di inderogabili esigenze di contenimento della spesa pubblica (è questo il caso, ad esempio, di enti in dissesto o sottoposti a piani di rientro).

Non solo la condizione giuridica di questi gode di particolare tutela - non essendo passibile di condizionamento ad esigenze di “cassa” - ma non sembrano comunque potersi rinvenire concrete, cogenti e circostanziate ragioni di squilibrio finanziario dell'ente regionale tali da poterne “controbilanciare” - secondo i principi enucleati dalla Consulta - un benché minimo sacrificio.

Rispetto al corretto esercizio della discrezionalità legislativa, finalizzata al bilanciamento fra il diritto allo studio del disabile ed il contenimento della spesa pubblica, la giurisprudenza aveva dunque marcato il segno della “legittimità costituzionale” - ancor prima della sentenza 275 del 2016 - nella salvaguardia del “nocciolo duro” del menzionato diritto, ovvero sia nella garanzia di quelle prestazioni che rendono “effettivo” il godimento del medesimo: *inter alia*, la frequenza degli istituti scolastici; la presenza degli insegnanti di sostegno nonché degli insegnanti specializzati, per i disabili più gravi, per un congruo numero di ore; la formulazione di appositi programmi scolastici.

Emerge, dunque, l'importanza del ruolo della “programmazione” economico-finanziaria alla stregua di un “contrappeso” utile ad assicurare il (corretto) bilanciamento fra diritti sociali e il contenimento della spesa pubblica sotto il profilo - anche - della responsabilità politica: “programmare” significa, infatti, identificare quali servizi sociali si intendano porre a carico dei bilanci pubblici e, quindi, selezionare quali (connessi) diritti siano oggetto di tutela prioritaria da parte delle istituzioni; pertanto, nell'ambito del procedimento di bilancio (e di bilanciamento) delle entrate e delle uscite, la programmazione economico-

finanziaria rappresenta lo strumento necessario per il legislatore che fissa gli obiettivi, per la pubblica amministrazione che li esegue e per il corpo elettorale che può valutare e verificare che il realizzato corrisponda al promesso, con l'identica finalità di riconoscere sia i diritti garantiti nell'ordinamento costituzionale, sia l'ordine di priorità loro (politicamente) assegnato sia infine, i flussi di finanziamento delle relative prestazioni.

Il nuovo articolo 81 della Costituzione diventa, dunque, misura di responsabilizzazione del legislatore e, a cascata, degli amministratori pubblici, nella direzione di scelte allocative delle risorse finanziarie che siano adeguate e ponderate, nel solco di un sentiero che la decisione della Consulta ha chiaro nel momento in cui esclude che l'attuazione di politiche sociali, connesse allo svolgimento di diritti fondamentali, possa passare per calcoli aritmetici delle leggi di bilancio, nel difetto di una puntuale motivazione dell'eventuale, quando irrinunciabile, sacrificio di pretese costituzionalmente garantite.

Con la sentenza 11 aprile 2019, n. 83²², la Corte Costituzionale è tornata a pronunciarsi sul fragile bilanciamento tra tutela dei diritti sociali – in tale caso, proprio il diritto all'istruzione degli studenti affetti da disabilità – e l'esigenza di bilancio, dichiarando non fondate o inammissibili talune questioni di legittimità costituzionale sollevate in via principale dalla Regione Veneto circa varie disposizioni della legge dello Stato sul bilancio di previsione per l'anno finanziario 2018 e per il triennio 2018-2020.

In particolare, la Corte si è espressa sulle disposizioni incluse nell'art. 1, comma 70, attinenti al finanziamento delle funzioni di assistenza per l'autonomia e la comunicazione personale degli studenti con disabilità fisiche o sensoriali e dei servizi di sostegno all'istruzione degli stessi o di quelli in situazione di svantaggio.

²² Sulla quale v. G. BOGGERO, *La garanzia costituzionale della connessione adeguata tra funzioni e risorse. Un "mite" tentativo di quadratura del cerchio tra bilancio, diritti e autonomie*, in *rivistaaic.it*, 2019; A. COSSIRI, *Un capitolo di spesa costituzionalmente obbligatorio: i servizi per l'integrazione dei disabili*, in *forumcostituzionale.it*, 2020; G. D'AURIA, *Nota a Corte cost., sent. 83/2019*, in *Foro it.*, 2020, 478; E. VIVALDI, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità: continuità dei finanziamenti e tutela del nucleo essenziale del diritto*, in *forumcostituzionale.it*, 2019.

I motivi che hanno portato la Regione Veneto a denunciare l'illegittimità costituzionale della disposizione sono due: la provvisorietà dello stanziamento, che inficiando il principio dell'autonomia finanziaria regionale di cui all'art. 119, quarto comma, Cost., non permetterebbe alla Regione di mettere a punto una programmazione dei propri interventi ed il volume dello stanziamento, in grado di soddisfare parzialmente il fabbisogno.

Con riguardo a quest'ultimo profilo, la Consulta ha dichiarato inammissibile la questione in ragione dell'eccessiva genericità del ricorso che non precisa né la portata delle risorse in precedenza riservate alle Province e Città metropolitane per l'attuazione delle funzioni sopraindicate, né sottolinea la differenza tra quanto riassegnato e quanto trattenuto da parte dello Stato nazionale.

Per quanto concerne la provvisorietà dello stanziamento, la Corte ha dichiarato infondata la questione, sostenendo che la disposizione impugnata *"in linea con le leggi di bilancio dei due anni precedenti, rinnova il finanziamento per l'anno di riferimento, senza alcuna discontinuità e senza pregiudicare l'effettiva erogazione dei servizi che attengono al nucleo essenziale dei diritti delle persone con disabilità; erogazione che deve essere sempre comunque assicurata e finanziata"*.

Occorre evidenziare che, con la suddetta pronuncia, la Corte arricchisce il filone giurisprudenziale dedicato al riconoscimento del diritto all'istruzione delle persone affette da disabilità in un contesto in cui anche i giudici ordinari ed amministrativi hanno contribuito al riconoscimento del diritto all'istruzione dei disabili ed alla attuazione concreta. Nella decisione del Consiglio di Stato (Sez. VI, 10 febbraio 2015, n. 704), il *thema decidendum* è proprio nella motivazione del provvedimento che assegna le ore di assistenza, nel quale si dà rilievo al *"vincolo derivante dalla carenza di risorse economiche che non possono, in modo assoluto, condizionare il diritto al sostegno in deroga, sino a esigere e sacrificare il diritto fondamentale allo studio e all'istruzione"*.

La traccia che viene sviluppata in questa decisione è, dunque, nel senso di valorizzare il carattere vincolante delle previsioni del PEI, come sede di individuazione della soglia minima di protezione del diritto all'istruzione del

disabile. Peraltro, i giudici, al riguardo, chiariscono come lo stesso Piano presenti un contenuto minimo e infungibile consistente nell'individuazione di un insegnante di sostegno e di un numero di ore da dedicare alla corrispondente attività, ritenendo che il caso limite della omissione *tout court* del PEI fino alla redazione dello stesso che non indichi puntualmente le ore di sostegno oppure non provveda all'assegnazione del relativo insegnante siano ipotesi riconducibili alla medesima violazione.

4. Diritto all'istruzione e vulnerabilità nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo.

Sul piano sovranazionale, la Dichiarazione di Salamanca del 1994 in tema di Special Educational Needs²³ e la Convenzione ONU dei diritti delle persone con disabilità del 2006²⁴ hanno contribuito ad una definizione della disabilità incentrata sul concetto di "persona". In altri termini la disabilità diventa un concetto non più assorbente l'identità dell'individuo, ma caratterizzante l'individuo stesso nel senso che deve essere intesa come una delle possibili varianti che connotano la persona; da questo punto di vista la Convenzione introduce due criteri che devono guidare la legislazione degli Stati aderenti, il principio dell'accomodamento ragionevole e quello della progettazione universale.

Entrambi questi principi sono finalizzati alla creazione di un modello educativo accogliente ed inclusivo volto ad assicurare alle persone disabili il godimento e l'esercizio dei diritti fondamentali in condizioni di eguaglianza anche attraverso l'utilizzo di "correttivi" che consentano all'individuo di adattarsi all'ambiente scolastico. Invero, l'obiettivo primario consiste nella creazione di un ambiente che *ab initio* si adatti alle condizioni dell'alunno disabile, che sia dunque universale perché idoneo a soddisfare le esigenze di tutti, vulnerabili e non, mentre l'utilizzo

²³ Si tratta del *Salamanca Statement and Framework for action on Special Needs Education*, noto come *Salamanca Declaration*, firmato dall'UNESCO il 10 giugno 1994, il quale reca principi, politiche e pratiche in materia di educazione e di esigenze educative speciali. Sul punto v. G. MATUCCI, *Il diritto/dovere*, cit., 41.

²⁴ Convenzione sui diritti delle persone con disabilità adottata dall'ONU a New York il 13 dicembre 2006, sulla quale G. MATUCCI, *Costituzione e inclusione scolastica: origini e prospettive di sviluppo della «scuola aperta a tutti»*, cit., 104 e ss.

di correttivi è uno strumento secondario che interviene in forma di ulteriore ausilio per consentire alla persona disabile il godimento e l'esercizio dei diritti.

Il diritto dei disabili a beneficiare di misure che ne garantiscano l'autonomia e l'inserimento sociale e professionale è garantito anche dall'art. 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E., rubricato "inserimento delle persone con disabilità", il quale afferma che "l'Unione riconosce e rispetta il diritto delle persone con disabilità di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità". L'art. 15 della Carta sociale europea a sua volta prevede che "ogni persona portatrice di handicap ha diritto all'autonomia, all'integrazione sociale ed alla partecipazione alla vita della comunità". Da ultimo, l'art. 24 della Convenzione dell'O.N.U. sui diritti delle persone con disabilità - resa esecutiva nel nostro ordinamento con l. n. 18 del 2009 - impegna i Paesi contraenti a realizzare "un sistema inclusivo a tutti i livelli ed un apprendimento continuo lungo tutto l'arco della vita".

In questo contesto si inserisce la sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo del 10 settembre 2020. La vicenda, che vede coinvolta l'Italia, concerne una bambina, iscritta alla scuola primaria, a cui è stata diagnosticata una forma di autismo non verbale; nei primi due anni, fra il 2010 e il 2012, l'alunna sarebbe stata privata dell'assistenza specialistica prevista all'art. 13, terzo comma, della legge 5 febbraio 1992, n. 104. La sola forma di assistenza di cui la bambina ha potuto godere nel corso di questi anni è stata quella privata, pagata dalla famiglia, e quella (discontinua) che la scuola sostiene di aver fornito mediante l'assistenza di base (affidata al personale ATA) e l'aiuto materiale offerto dai propri dipendenti agli insegnanti²⁵. Lamenta pertanto l'assunzione di un trattamento discriminatorio a norma dell'art. 14 CEDU in combinato disposto, da un lato, con l'art. 2 Prot. 1 CEDU (diritto all'istruzione) e, dall'altro, con l'art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare).

²⁵ G. MATUCCI, *La rivincita del diritto all'inclusione scolastica innanzi alla Corte EDU. Riflessioni a margine della Corte EDU, Sez. I, G.L. c. Italia, 10 settembre 2020, ric. 59751/15*, in *Oss. AIC*, 2020, 1 e ss.

Le sole motivazioni addotte dal Governo a difesa della propria condotta concernono la sopravvenuta carenza di fondi in conseguenza dei “tagli” alle risorse operati dalla legge finanziaria 2011: legge, quest’ultima, che riserva espressamente una certa somma al finanziamento dell’assistenza domiciliare alle persone malate di sclerosi laterale amiotrofica (SLA). La differenza di trattamento così rilevata integra per la CEDU una discriminazione sulla base dell’handicap, discriminazione che le autorità avrebbero potuto evitare se solo avessero individuato un giusto equilibrio fra i bisogni educativi dell’alunna e la ristretta capacità finanziaria dell’amministrazione. In altri termini per la Corte i sacrifici richiesti, in ossequio al dovere di solidarietà, avrebbero dovuto essere distribuiti equamente e non a danno esclusivo dell’alunna con disabilità, pena la violazione dell’art. 14 CEDU. La Corte europea precisa dunque che, non avendo il difetto di risorse economiche prodotto conseguenze eguali su tutti gli alunni, il *deficit* invocato assurge a *ratio* ingiustificata della disparità di trattamento, che è pertanto lesiva della Convenzione.

Le conclusioni a cui è giunta la Corte, in realtà, non rappresentano un *novum* in quanto già le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sentenza n. 25011 del 2014) hanno accertato la natura discriminatoria della decisione dell’amministrazione scolastica di non concedere, ad una minore affetta da sindrome di Angelmann, l’insegnamento scolastico di supporto per il numero di 25 ore settimanali indicato nel Piano educativo individualizzato (PEI). Definito però, in sede di piano educativo individualizzato, il numero di ore necessarie per il sostegno scolastico dell’alunno che versa in situazione di disabilità particolarmente grave, all’amministrazione scolastica non residuano margini di discrezionalità al fine di rimodulare o sacrificare in via autoritativa, in ragione della scarsità delle risorse disponibili per il servizio, la misura del supporto integrativo già individuato. In questo quadro, la pubblica amministrazione ha soltanto il dovere di assicurare l’assegnazione del personale docente specializzato, anche disponendo l’attivazione di un posto di sostegno in deroga al rapporto insegnanti/alunni, per rendere possibile la fruizione effettiva del diritto costituzionalmente protetto, quando la

specifica situazione di disabilità del bambino richieda interventi di sostegno continuativi e più intensi.

L'omissione o le insufficienze dell'amministrazione nello svolgimento di quella attività doverosa, nel determinare una sostanziale contrazione del diritto fondamentale del disabile, appaiono "suscettibili di concretizzare, ove non accompagnate da una corrispondente contrazione dell'offerta formativa riservata agli altri alunni normodotati, una discriminazione indiretta, vietata dall'articolo 2 della legge. n. 67 del 2006, per tale intendendosi anche il comportamento omissivo dell'amministrazione pubblica preposta all'organizzazione del servizio scolastico che abbia l'effetto di mettere il disabile in una posizione di svantaggio rispetto agli altri alunni²⁶.

Sembra, dunque, che all'affermazione aulica del riconoscimento del diritto all'istruzione delle persone vulnerabili segua l'affermarsi del principio di non discriminazione in ragione del quale un abbassamento del livello delle garanzie, dovuto a minori risorse finanziarie, si possa giustificare laddove sia previsto per tutti, disabili e non. Tuttavia, non può considerarsi la disabilità una condizione in grado di equiparare le situazioni di partenza. La disabilità è una condizione personale che genera una diseguaglianza di fatto, alla quale devono seguire una serie di previsioni che vanno al di là del mero riconoscimento della fragilità o vulnerabilità, ma si pongono quali strumenti rimediali finalizzati a ripristinare una parità di *chance* o di opportunità, anche per le persone disabili: si pensi alla possibilità di un trattamento differenziato o di un accomodamento ragionevole, come nel caso del diritto all'assistenza scolastica dello studente disabile, del riconoscimento di un tempo maggiore per conseguire il titolo di studio obbligatorio, di un numero massimo di studenti inferiore quando in una classe vi siano alunni con disabilità, di previsioni *ad hoc* per esami e test di verifica. Sul punto, si manifestano legittime una serie di provvidenze, agevolazioni, trattamenti preferenziali, previsti dalla normativa di settore, in ambito scolastico e di

²⁶ Così Cass., Sez. Un., ord. 16 aprile – 8 ottobre 2019, n. 25101.

istruzione, ma anche lavorativo o economico, in quanto finalizzate all'integrazione sociale e allo sviluppo della persona portatrice di disabilità.

Nel prendere atto della differente situazione di partenza e dello svantaggio di fatto in cui versa la persona disabile, questi strumenti hanno il comune denominatore di agevolare, per il disabile, i percorsi previsti per le persone normodotate, così da ristabilire una parità nelle opportunità.

Secondo una lettura di matrice sociale, l'impianto rimediale dovrà prevalentemente consistere in strumenti che promuovano l'inclusione e l'integrazione della persona disabile e della sua disabilità nell'ambito del contesto sociale e della collettività che la accoglie²⁷.

In questi casi appare opportuno riflettere su un diritto alla differenza delle persone vulnerabili, secondo il quale l'introduzione di misure preferenziali possa essere in grado di ricomporre un quadro di uguaglianza sostanziale e di superare le disuguaglianze nel solco dell'obiettivo della parità nelle opportunità. In questa prospettiva, dunque, non sembra possibile accettare una diminuzione delle garanzie nei confronti di una persona vulnerabile solo perché i tagli di bilancio vanno a ricadere anche sugli altri alunni. Se si salva il principio di non discriminazione (formale), è altresì vero che viene depotenziata l'effettività dei diritti sociali.

Il rapporto tra diritti sociali e risorse finanziarie, dunque, non può non tenere conto dell'ordine materiale dei valori costituzionali, del primato della persona umana e della sua dignità consacrato dall'art. 2 Cost., della natura fondamentale dei diritti sociali quali derivati dal principio di uguaglianza sostanziale e dal principio personalista che si compendia nel progetto del «pieno sviluppo della persona umana» ex art. 3, secondo comma, Cost. e, in generale, della giustizia sociale, di cui è permeata l'intera Carta costituzionale.

Forse, anche e soprattutto con riferimento ai diritti delle persone vulnerabili, è opportuno ripartire dalla nozione sostanziale di dignità umana²⁸, intesa come

²⁷ Sul punto v. A. LORENZETTI, *Dis-eguaglianza e disabilità*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2015, 6 e ss.

²⁸ Così F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*, Torino, 2018.

valore fondante di un ordinamento pluralistico, solidale e basato sul riconoscimento dell'altro.

dirittifondamentali.it

La pressione del legislatore sui diritti dei lavoratori: la vaccinazione anti SARS-CoV-2 al vaglio della Corte costituzionale*

di
Mario Cerbone**

Sommario: 1. Notazioni metodologiche preliminari. – 2. Sul presupposto normativo dell’obbligo vaccinale: le oscillazioni interpretative della Corte costituzionale. – 3. La svalutazione del ruolo datoriale nell’attuazione della finalità di prevenzione sanitaria. – 4. Segue. La vaccinazione anti-Covid-19 quale requisito professionale? – 5. Il meccanismo sanzionatorio della sospensione del lavoratore renitente. – 6. Le garanzie violate di dignità del lavoratore: la questione dell’assegno alimentare. – 7. Allentare la pressione sui diritti dei lavoratori per ritornare alla centralità del lavoro nella società democratica.

1. Notazioni metodologiche preliminari

Vorrei concentrarmi su quella che potrebbe definirsi la parte “giuslavoristica” dell’intervento della Corte costituzionale con le recenti sentenze del 9 febbraio 2023, nn. 14, 15 e 16. Più precisamente, muoverò da alcune considerazioni generali in ordine alle caratteristiche dell’intervento del legislatore¹, per poi convergere sulle ricadute sul contratto di lavoro dell’obbligo di vaccinazione anti SARS-CoV-2 sancito *ex lege*, segnatamente attraverso la previsione del meccanismo della sospensione del lavoratore inadempiente e della correlata privazione della retribuzione (nonché di ogni altro emolumento comunque denominato). Due

* Il contributo riprende, in una versione elaborata, la Relazione svolta al Convegno su «La giurisprudenza costituzionale sull’obbligo vaccinale nella pandemia da Covid-19», Università di Cassino e del Lazio meridionale, 22 marzo 2023.

** Professore associato di Diritto del Lavoro – Università degli Studi del Sannio.

¹ La legge che impone l’obbligo della vaccinazione «... compie deliberatamente una valutazione degli interessi collettivi e individuali in questione, al limite di quelle che sono state denominate “scelte tragiche” del diritto» (così Corte costituzionale 9 febbraio 2023, n. 14).

vicende, queste ultime, che assumono, per la prospettiva del giuslavorista, una rilevanza molto marcata per le implicazioni che potrebbero ricavarsi anche “oltre la pandemia” sull’obbligo di sicurezza del lavoro, al quale, in ogni caso, è tenuto il datore di lavoro.

2. Sul presupposto normativo dell’obbligo vaccinale: le oscillazioni interpretative della Corte costituzionale.

Prima di andare sul terreno squisitamente “contrattualistico”, mi pare importante toccare alcuni punti di ambiguità dell’*iter* argomentativo seguito dalla Corte costituzionale, segnatamente quanto al presupposto normativo dell’applicazione dell’obbligo vaccinale in questione.

Al riguardo, quel che sembra emergere dalla lettura dei passaggi motivazionali è una discutibile e, a tratti, confusionaria rappresentazione della idoneità della vaccinazione anti-Covid-19 a perseguire l’istanza di prevenzione sanitaria prescelta dal legislatore. La valutazione del presupposto normativo dell’obbligo – nelle parole dei giudici costituzionali – vacilla, difettando nella sua intrinseca coerenza logico-giuridica.

Un primo motivo di perplessità delle decisioni in commento discende, a ben vedere, dal non rispetto della premessa logica che la stessa Consulta antepone nella sua motivazione, là dove accoglie in astratto il principio di una valutazione della conformità delle norme al dettato costituzionale radicata imprescindibilmente «... sulle risultanze scientifiche disponibili in merito all’efficacia e alla sicurezza dei vaccini»², ritenendo pertanto decisiva la correlazione tra esercizio della discrezionalità legislativa e «acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell’esercizio delle sue scelte in materia»³.

² Così Corte costituzionale n. 14/2023, punto 6 del *Considerato in diritto*.

³ In questi termini Corte costituzionale n. 14/2023, punto 8 del *Considerato in diritto*, nel richiamo a Corte costituzionale 18 gennaio 2018, n. 5 e alla giurisprudenza costante della Corte costituzionale (a partire dalla fondamentale sentenza 26 giugno 2002, n. 282).

Ebbene, pur volendo ammettere in linea di principio la plausibilità della premessa adottata, non si può non rimarcare come, nello sviluppo dell'argomentazione, il predetto nesso causale tra discrezionalità legislativa e scienza medica venga tuttavia a scolorire e a perdere di consistenza. Soprattutto colpisce, nelle parole utilizzate dalla Consulta, la arbitraria commutazione, in corso d'opera, della asserita idoneità della vaccinazione ad interpretare ragionevolmente la misura del sacrificio imponibile ai singoli lavoratori. Sicché la finalità di prevenzione sanitaria risulta atteggiarsi dapprima a mezzo per impedire il contagio⁴, poi quale fattore di ostacolo alle forme più severe di contrazione della malattia («nei confronti della malattia severa o peggior esito»⁵) e, comunque, efficace «nella riduzione della circolazione del virus»⁶, fino all'estrema concezione di strumento di mera protezione dei soggetti in condizione di fragilità e quindi potenzialmente già in situazione di rischio letale («il peggior esito» prima richiamato). Viene cioè a prospettarsi una sorta di “protezione modulare” dello strumento vaccino, che integra gli estremi di una discrezionalità legislativa che rischia di debordare in arbitrarietà delle scelte, in quanto non controllabili nelle loro ricadute sulle posizioni soggettive dei destinatari.

Su un altro versante, l'idoneità allo scopo viene poi valutata dalla Consulta in riferimento ad un elemento *esterno* al bilanciamento dei diritti fino a quel momento condotto e cioè alla idoneità del vaccino ad «evitare l'interruzione di servizi essenziali per la collettività»⁷.

Qui la Corte costituzionale modifica lo schema interpretativo allargando appunto la sua valutazione altresì ai pazienti che si trovano in condizione di fragilità e sono esposti a gravi pericoli di contagio, inferendo dal riferimento a queste specifiche

⁴ Sull'efficacia della vaccinazione *per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2* si sofferma l'ISS, esponendo che «la vaccinazione anti-COVID-19 costituisce una misura di prevenzione fondamentale per contenere la diffusione dell'infezione da SARS-CoV-2»: così Corte costituzionale n. 14/2023, punto 10.2 del *Considerato in diritto*.

⁵ V. ancora Corte costituzionale n. 14/2023, punto 10.2 del *Considerato in diritto*.

⁶ Corte costituzionale n. 14/2023, punto 11 del *Considerato in diritto*.

⁷ Dal punto di vista argomentativo, si inserisce cioè una valutazione esterna al rapporto costi-benefici nei confronti della persona che riceve il trattamento sanitario in via impositiva: v. Corte costituzionale n. 14/2023, punto 12 e punto 12.1 del *Considerato in diritto*.

categorie ulteriore supporto alla ragionevolezza della misura di prevenzione sanitaria, idonea anche per la sua (indiretta) capacità di evitare un «danno al sistema sanitario nazionale in termini di garanzia e continuità nell'erogazione delle cure»⁸.

A me pare che questa oscillazione in punto di efficacia del vaccino travalichi la linea di quella intrinseca «genetica e originaria transitorietà» (alla quale fa riferimento la stessa giurisprudenza costituzionale⁹) della disciplina giuridica giustificata in rapporto alla evoluzione della scienza medica, andandosi a collocare, invece, ed impropriamente, in un'area di discrezionalità legislativa non tollerabile, in quanto ben oltre i canoni della ragionevolezza e della proporzionalità, al di fuori cioè di quella «attendibilità scientifica» pur richiesta dalla stessa Corte costituzionale¹⁰. Mi sembra cioè, in altre parole, che, nell'economia del suo provvedimento (mi riferisco in particolare alla sentenza n. 14/2023), la Corte è come se dicesse che per stare nel parametro della ragionevolezza è sufficiente (ci si può accontentare di) una correlazione qualsiasi, intervenuta anche in corso d'opera, a risultanze medico-scientifiche delle quali tuttavia non si perita di effettuare il benché minimo vaglio critico, necessario invece per rapportarle al caso concreto¹¹.

L'interpretazione non appare vigilata nemmeno rispetto ai parametri prescelti dal legislatore: per esempio, si dà per scontato che il rischio sia più elevato nel

⁸ Corte costituzionale n. 14/2023, punto 12.2 del *Considerato in diritto*, ove si parla di «valenza multipla» dell'obbligo vaccinale per il personale sanitario, che differenzerebbe ragionevolmente il relativo regime giuridico rispetto alla categoria del personale della scuola.

⁹ Corte costituzionale n. 14/2023, punto 8.2 del *Considerato in diritto*.

¹⁰ Corte costituzionale n. 14/2023, punto 9 del *Considerato in diritto*.

¹¹ In dottrina, su questo punto, più articolata è la posizione di C. Iannello, *La sentenza n. 14 del 2023 della Corte Costituzionale: l'obbligo vaccinale è legittimo solo se serve a prevenire il contagio*, in *AIC Osservatorio costituzionale*, 2023, p. 27 ss., secondo il quale la valutazione della Consulta sulla legge del 2021 è stata condotta «... non alla luce delle conoscenze attuali, ma delle informazioni di cui il decisore politico disponeva *al momento* dell'assunzione della decisione». La finalità perseguita dalla legge, su cui indugia in particolare la sentenza n. 14, è la prevenzione dal contagio: la sentenza giustifica quindi l'operato del legislatore solo perché si è calato nella prospettiva del momento in cui è stato varato il d.l. n. 44, cioè alla luce dei dati allora disponibili. E solo perché quei dati asseveravano che la vaccinazione potesse avere efficacia preventiva della diffusione del *virus*. Dalla decisione n. 14/2023 emerge che se "in quel momento" le autorità del settore non avessero asseverato l'efficacia preventiva del contagio, o la legge non avesse perseguito proprio tale "finalità", l'imposizione dell'obbligo sarebbe andata oltre la sua *ratio* consolidata.

comparto sanitario rispetto a quello scolastico, ma anche qui, in punto di motivazione, non si offrono elementi a supporto in termini di aderenza a dati scientifici disponibili. Sul piano strettamente logico, è da respingere l'idea di una graduazione o differenziazione del rischio in base alla mera appartenenza ad una categoria di lavoratori piuttosto che ad un'altra. Anche perché si tratta pur sempre di rapportarsi ad un rischio di diffusione del *virus* che è sempre stato agganciato a situazioni e/o ambienti in cui si registrava affollamento di persone, indipendentemente dagli specifici contesti lavorativi (tant'è che la prima misura di prevenzione sanitaria è stata quella del "distanziamento" fisico)¹². Anche la considerazione della valenza "multipla" della vaccinazione in ambito sanitario, alla quale si riporta la giurisprudenza costituzionale, a motivo della intrinseca idoneità dello strumento ad agire in più direzioni in rapporto alla specificità dell'ambiente lavorativo, non assurge ad elemento dirimente per operare una individuazione selettiva delle categorie di lavoratori obbligati.

Così come, su un altro versante, desta perplessità il superamento di alcuni principi, fino a quel momento da ritenere stabili, della stessa giurisprudenza costituzionale,

¹² A questo specifico riguardo, può essere utile riprendere il dibattito sviluppatosi in una primissima fase di analisi del testo normativo di cui al d.l. n. 44/2021: in particolare, v. le osservazioni critiche di P. Pascucci, C. Lazzari, *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1 aprile 2021, n. 44*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2021, p. 156, segnatamente in ordine alla non adeguata delimitazione del campo applicativo del decreto in oggetto: il riferimento non solo all'elemento oggettivo dei luoghi di lavoro, ma anche a quello soggettivo delle figure evocate (gli «operatori di interesse sanitario») ha sin da subito posto il problema dell'eventuale «... non assoggettamento all'obbligo vaccinale di soggetti che, svolgendo mansioni inequivocabilmente "di contatto", operano nei medesimi contesti lavorativi esposti allo stesso rischio»; G. Pellacani, *Dall'obbligo vaccinale contro il Coronavirus (SARS-CoV-2) per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario al "Green Pass"*, in R. Pinardi (a cura di), *L'obbligo vaccinale dei lavoratori durante l'emergenza sanitaria*, in *Quaderni Fondazione Marco Biagi*, 2021, p. 49 ss.; secondo R. Rivero, *Note in tema di individuazione dei soggetti obbligati ai vaccini a seguito del decreto-legge n. 44/2021*, in *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi*, promosse e coordinate da V.A. Poso, 2021, p. 10 ss., la platea dei soggetti obbligati si presta ad essere individuata in armonia con il rischio protetto, attraverso un criterio selettivo più ampio dal punto di vista soggettivo. Ai fini del decreto legge sono operatori di interesse sanitario tutti i lavoratori che esercitano attività nei luoghi indicati, a prescindere dal contenuto professionale della mansione (che potrebbe non essere strettamente sanitaria). Il fondamento della vaccinazione obbligatoria introdotta dal d.l. n. 44/2021 è propriamente «un rischio ambientale, legalmente tipizzato»: sarebbe pertanto «assurdo sospendere *ex lege* un esercente la professione sanitaria o un operatore di interesse sanitario non soggetto al rischio Covid che rifiuti il vaccino, per poi assegnargli di nuovo le mansioni in atto che egli stava svolgendo in quanto non esposto al rischio».

in riferimento ai meccanismi di flessibilizzazione e monitoraggio che consentano l'adeguamento delle misure all'evoluzione della situazione di fatto. Il legislatore ha abbandonato lo schema regolativo "flessibile", ispirato cioè alla ricerca di quei meccanismi di flessibilizzazione che ritroviamo nella (peraltro più volte richiamata) sentenza n. 5/2018, di guisa che la pur dichiarata necessità di agganciare la scelta legislativa, rigorosamente e dinamicamente, all'andamento dell'epidemia finisce per rivelarsi, a mio parere, un'asserzione apodittica, peraltro contraddetta dalla rigidità della scelta poi venutasi a configurare nella sequenza di decreti-legge modificativi dell'originario impianto del d.l. n. 44/2021 e dalla (altrettanto rigida) valutazione di conformità che viene condotta dalla Consulta. A questo riguardo è emblematica la scelta di aggravare la condizione dei lavoratori renitenti all'obbligo vaccinale eliminando la possibilità, ove praticabile si intende, di ricollocazione in mansioni "non di contatto" (ma su questo specifico punto si tornerà).

3. La svalutazione del ruolo datoriale nell'attuazione della finalità di prevenzione sanitaria

Il punto di ricaduta più evidente di quanto detto – e vengo così ad aspetti più propriamente giuslavoristici – è nel totale svilimento del ruolo del datore di lavoro nella vicenda dell'obbligo vaccinale dei suoi dipendenti: ruolo datoriale che invece nell'originario impianto del d.l. n. 44 era stato fissato nei termini di cui al comma 8 dell'art. 4 (poi abrogato).

Vorrei indugiare sulle implicazioni della scelta e della sua repentina revisione.

Il richiamato comma 8 valorizzava il ruolo propulsivo del datore di lavoro al quale il legislatore rimetteva la decisione in ordine alla impossibilità o meno di evitare la scelta tragica della sospensione, evidentemente assunta ad ipotesi eccezionale (e non già ordinaria), pur in presenza dell'opzione del singolo lavoratore di rifiutare l'obbligo (tant'è che la dottrina più attenta si era ben presto affannata ad accostare la disposizione di cui all'art. 4 più alla figura dell'"onere" che a quella

dell'“obbligo”¹³). Del resto, in perfetta aderenza alle indicazioni della giurisprudenza costituzionale, il legislatore aveva ritenuto proprio nell'attività datoriale in materia il naturale meccanismo di flessibilizzazione dell'imposizione del trattamento sanitario, mostrando attenzione alla concezione che debba essere il datore di lavoro, in base alle specificità del contesto organizzativo di riferimento, ad incaricarsi di compiere quella delicata operazione di scomposizione in concreto delle attività lavorative comportanti un rischio (anche solo potenziale), tenendole distinte ed isolate rispetto a quelle esenti invece da ogni rischio di contagio (per esempio, le attività lavorative “remotizzabili”). Sottraendo al legislatore la facoltà di optare per una scelta generalizzata, discutibile già soltanto per la distanza spazio-temporale dal fenomeno da regolare, veniva affidato al datore di lavoro il funzionamento della fase più importante della procedura di cui all'art. 4. Al datore di lavoro si attribuiva la responsabilità di selezionare le attività lavorative, e le connesse condotte, strettamente collegate all'istanza di prevenzione sanitaria e, per converso, ciò induceva a radicare il principio che là dove, invece, l'istanza di prevenzione si dovesse esprimere al livello più alto, in ragione del contatto diretto e continuativo dei lavoratori tra loro e/o con l'utenza (e quindi nelle fasi ove il contagio è oggettivamente diffusivo), il rapporto di lavoro non potesse che subire l'alterazione più profonda (la sospensione), posta però pur sempre al di fuori del legame sinallagmatico tra le parti del contratto di lavoro, ma appunto imposta *ex lege*. Ciò spiegava la assenza di connotazione disciplinare della prevista sospensione e la stessa preclusione del licenziamento, in quanto entrambi aspetti che il legislatore riteneva non funzionali all'obiettivo della prevenzione sanitaria. Il descritto meccanismo mostrava, in astratto, una sua intrinseca coerenza logica, raccolta anche dalla giurisprudenza di merito che aveva iniziato, sia pur timidamente, a introdurre il tema dell'obbligo per il datore di lavoro del c.d. *repechage* e della rigorosa prova in giudizio della impossibilità di adibizione a

¹³ Sul punto, cfr., in particolare, la posizione di C. Pisani, *Il vaccino per gli operatori sanitari obbligatorio per legge e requisito essenziale per la prestazione*, in A.a.V.v., *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi*, promosse e coordinate da V.A. Poso, 2021, p. 6; v. anche, in una prospettiva più ampia, R. Romboli, *Aspetti costituzionali della vaccinazione contro il Covid-19 come diritto, come obbligo e come onere (certificazione verde Covid-19)*, in *Questione Giustizia*, 2021.

mansioni alternative, declinando il provvedimento datoriale di sospensione quale *extrema ratio*¹⁴. Si radicava insomma, pur tra mille difficoltà, l'idea di un plausibile superamento delle contestazioni in ordine all'*an* della scelta dell'imposizione della vaccinazione (profilo rimesso, in ogni caso, al Giudice delle leggi, quanto alla preliminare questione della sicurezza del vaccino) a favore di un'interpretazione focalizzata esclusivamente sulle doglianze riguardanti il *quomodo* della medesima decisione, in ottica di rispetto delle prerogative del lavoratore attivabili in sede giudiziale. Si configurava in altri termini un'interpretazione in linea non soltanto con l'idea di prevedere meccanismi di flessibilità ma anche di attenuare l'impatto della misura vaccinale (anche in ragione della durata della compressione), in rapporto non solo ai valori costituzionali del bene della salute di cui all'art. 32 Cost., ma anche dei principi lavoristici condensati negli articoli 4, 35 e 36 Cost.

Al netto di un'applicazione datoriale il più delle volte distorsiva nella pratica, ispirata cioè ad una sorta di automaticità della determinazione in chiave deresponsabilizzante, il meccanismo descritto mostrava, in altre parole, gli anticorpi per fronteggiare interpretazioni illegittime sul piano costituzionale¹⁵.

La scelta legislativa, inoltre, risultava coerente con il "modello partecipato" che il legislatore italiano e quello euro-unitario hanno affermato, non senza fatica, negli ultimi anni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Mi riferisco in particolare al d.lgs. n. 81/2008, la cui innovazione principale è da rinvenire proprio nella "prevenzione attraverso la partecipazione", formula sintetica che si fonda sulla cooperazione di tutti i soggetti coinvolti, intorno alla figura di garanzia più importante che è, e resta, il datore di lavoro.

Si trattava di una scelta coerente altresì con le tendenze normative sulla responsabilità datoriale che richiedono all'esercizio dei poteri datoriali di assumere sempre più una peculiare curvatura in rispondenza ad interessi superindividuali: si

¹⁴ Di particolare interesse in questa prospettiva è Tribunale di Milano, sez. lav., 15 settembre 2021, che comunque riguarda un momento temporale antecedente all'entrata in vigore del d.l. n. 44, anche se i passaggi argomentativi appaiono di ampio respiro.

¹⁵ In questa prospettiva, v. Tribunale di Velletri, sez. lav., 14 dicembre 2021.

pensi, per esempio, alla tutela del lavoratore disabile attraverso l'obbligo degli accomodamenti ragionevoli.

L'impostazione normativa originaria, come detto, è stata tuttavia rivista dal legislatore, nella direzione della svalutazione del ruolo datoriale e le argomentazioni ora utilizzate dalla Corte costituzionale sul punto mostrano non poche ambiguità.

Anzitutto, non mi paiono plausibili le obiezioni circa il rischio che il legislatore finisca per addossare al datore di lavoro un obbligo *generalizzato* di adottare accomodamenti organizzativi¹⁶: si tratta piuttosto di chiamarlo a gestire l'impossibilità temporanea non imputabile del lavoratore non vaccinato alla stregua dei principi vevoli per tutte le altre ipotesi di sospensione del rapporto di lavoro (es. infortunio o malattia). Anche perché non si può obliterare la valutazione esclusivamente aziendale sulla fungibilità del lavoratore non vaccinato, a ciò ostando il richiamo di cui agli artt. 2103 e 2104 c.c. che legano la professionalità (e la diligenza professionale quale misura dell'adempimento contrattuale) alla valutazione del datore di lavoro in rapporto alla natura della prestazione dovuta e all'interesse dell'impresa, in una logica propriamente contrattualistica delle mansioni.

In altri termini, se il legislatore si convince della inevitabilità della scelta tragica dell'imposizione sanitaria, nel compierla non può che essere tenuto ad apprestare, quale limite ricavabile dal comma 2 dell'art. 32 Cost., i contrappesi necessari. Ciò significa che, in una logica di progressività, la sospensione dal servizio e dalla retribuzione non può che intervenire (non in maniera generalizzata sempre e comunque ma) soltanto quale *extrema ratio*, in maniera rapportata alla specificità della condizione dell'ambiente di lavoro. E sarà il datore a doversi fare carico di questa ineliminabile funzione di traduzione in concreto delle posizioni coinvolte, sicché l'attività datoriale in questo specifico ambito assume una precipua configurazione: contrariamente alla lettura della Consulta, essa è tutt'altro che

¹⁶ Come, invece, viene riportato da Corte costituzionale n. 15/2023, punto 13.4 del *Considerato in diritto*.

secondaria, apparendo piuttosto necessaria al perseguimento degli interessi superindividuali di salvaguardia della salute, con una proiezione *in via sintetica* (non analitica) al “risultato” della prevenzione dal contagio (e non tanto al procedimento che ne è alla base).

La prospettiva di un coinvolgimento del datore di lavoro appare irrinunciabile, segnatamente nelle ipotesi dell’obbligo, anche in un’altra accezione ovvero nell’ottica della individuazione delle misure di mitigazione e di precauzione più appropriate a compensare gli effetti negativi dell’imposizione del trattamento (si pensi, per esempio, all’assegno alimentare da riconoscere *medio tempore* al lavoratore sospeso, come vedremo) o, se possibile, di altre misure anch’esse alternative alla vaccinazione (per esempio, il ricorso al lavoro da remoto). Naturalmente, tutto ciò non può che avvenire nel limite della ragionevolezza dell’intervento datoriale, che può sempre addurre, con congrua motivazione, l’impossibilità di fare ricorso alle predette misure (opportunamente nel dettato normativo originario era riportata la formulazione «ove possibile»).

Del resto, questo è un passaggio assolutamente ragionevole nella logica del contemperamento tra i diritti. Quel che è centrale è il rigoroso esercizio del potere direttivo ad opera del datore di lavoro, funzionalizzato sul piano teleologico all’assorbente finalità di tutela della salute dei lavoratori e degli utenti. Con questo fine che il legislatore imprime all’esercizio del potere datoriale il datore di lavoro è chiamato ad una delicata attività, che si traduce in una altrettanto rigorosa prova in giudizio delle mansioni alternative attribuibili al lavoratore resiliente “ove possibile”. Si intercetta in questo modo tutta quell’elaborazione della giurisprudenza sul c.d. obbligo di *repechage*, che il datore di lavoro è tenuto necessariamente ad effettuare e in ogni caso a motivare adeguatamente¹⁷.

¹⁷ Secondo Tribunale di Milano, sez. lav., 15 settembre 2021, cit., l’onere probatorio che grava sul datore di lavoro in caso di sospensione del rapporto per impossibilità temporanea della prestazione è analogo a quello previsto per il caso di licenziamento per impossibilità definitiva della prestazione (impossibilità del c.d. *repechage*). Vi è un preciso onere del datore di lavoro di verificare l’esistenza in azienda di posizioni lavorative alternative, astrattamente assegnabili al lavoratore, atte a preservare la condizione occupazionale e retributiva, da un lato, e compatibili, dall’altro, con la tutela della salubrità dell’ambiente di lavoro, in quanto non prevedenti contatti interpersonali con soggetti fragili o comportanti, in qualsiasi altra forma il rischio di diffusione

Sul piano teorico, la funzionalizzazione del potere datoriale giustifica il fatto che l'ordinamento "utilizza" (e può utilizzare) la sanzione privata della sospensione dal lavoro (che trascina con sé la decurtazione della retribuzione in ottica sinallagmatica) in funzione proprio dell'interesse generale. Ciò spiega la translitterazione delle conseguenze della mancata vaccinazione dal piano "pubblicistico" al piano sinallagmatico della relazione contrattuale (a differenza di ciò che avviene per il c.d. *green pass*, per il quale tecnicamente non è prevista la sospensione del lavoratore che ne risulti sprovvisto, ma il mero allontanamento dal luogo di lavoro). Lo schema applicato dal legislatore si differenzia altresì da quello utilizzato in occasione delle vaccinazioni per i bambini introdotte dal c.d. d.l. Lorenzin (d.l. 7 giugno 2017, n. 73, conv. l. 31 luglio 2017, n. 119): in quel caso, il diritto all'istruzione è stato bilanciato con le istanze della prevenzione sanitaria non attraverso la previsione della inibizione all'ingresso a scuola dei bambini (cioè colpendo il nucleo essenziale del diritto costituzionale) ma con la previsione di sanzioni amministrative a carico dei genitori. L'art. 1, comma 4, del d.l. 73/2017 prevedeva, infatti, in caso di mancata osservanza dell'obbligo vaccinale, una sanzione amministrativa pecuniaria a carico dei genitori esercenti la responsabilità genitoriale, i tutori o i soggetti affidatari¹⁸.

del contagio da SARS CoV-2; al riguardo, cfr. altresì Tribunale di Ravenna, sez. lav., 6 settembre 2017, n. 276.

¹⁸ La giurisprudenza di merito si è attestata su posizioni interpretative diverse, rimarcando come la vaccinazione anti-Covid-19 rivelasse una duplice finalità, di salute pubblica e di sicurezza del lavoro, e quindi ritenendola requisito essenziale per lo svolgimento dell'attività lavorativa, pur ammettendo che la procedura fosse farraginosa (in tal senso, v. Tribunale di Roma, sez. lav., ord. 20 agosto 2021, n. 79833; dello stesso tenore argomentativo Tribunale di Roma, sez. lav., ord. 20 agosto 2021, n. 79834 e Tribunale di Roma, sez. lav., ord. 20 agosto 2021, n. 79835). La stessa giurisprudenza ha ritenuto pertanto che lo schema logico-interpretativo utilizzato dal legislatore nel richiamato d.l. Lorenzin 2017 (art. 1, comma 4) non fosse in ogni caso comparabile con quello per la vaccinazione anti-Covid, in ragione della pervasività del *virus* in condizioni di pandemia, condizione che ha impedito di fare ricorso ad una sanzione rimessa al datore di lavoro o una sanzione a carattere amministrativo del tutto sganciata dalle vicende dell'esecuzione contrattuale del contratto di lavoro e ascrivibile agli effetti negativi e pregiudizievoli non certo dell'esecuzione della prestazione quanto del venir meno ad un obbligo statuito in legge. Qui ha dovuto giocoforza utilizzare il potere datoriale di sospensione ma in maniera del tutto speciale: in questa prospettiva, v. Tribunale di Modena, sez. lav., ord. 19 maggio 2021 nel quadro normativo antecedente al d.l. n. 44/2021.

Nell'impianto originario, le caratteristiche degli adempimenti che la legge prescriveva al datore di lavoro erano perciò più coerenti con le premesse di un potere datoriale funzionalizzato all'interesse generale e spiegavano così la natura non disciplinare del meccanismo predisposto nei confronti dei prestatori di lavoro resilienti: il legislatore infatti stabiliva la sospensione dal diritto a svolgere le sole mansioni a contatto con il pubblico, dando per scontato che soltanto una porzione del contenuto professionale del lavoratore venisse inibita, a motivo del vincolo finalistico e lasciando al datore l'individuazione della restante parte, ove possibile. Questa configurazione sottoponeva a forte tensione la prescrizione che riteneva il vaccino requisito essenziale per lo svolgimento dell'attività lavorativa (e addirittura per la professione), spingendo l'interprete ad intendere la suddetta formulazione limitata restrittivamente (e coerentemente con quanto detto in premessa) soltanto a quel contenuto, a quella porzione dell'attività lavorativa "a contatto". Il ragionamento implicava quindi – è bene ribadirlo – una scomposizione in concreto dell'attività lavorativa, isolando quella "a contatto" da quella che ragionevolmente, con uno sforzo organizzativo tollerabile, individuata di volta in volta dal datore, fosse da ritenere non a rischio, rifiutando la concezione di una totale preclusione in assoluto della professione finanche dovesse svolgersi con modalità sicure.

Sullo sfondo della imposizione *ex lege* resisteva in ogni caso una valutazione pienamente imprenditoriale e in quanto tale insindacabile in ordine alla fungibilità professionale dei lavoratori presenti nell'organizzazione, valutazione anch'essa ineliminabile per dare effettività alla finalità di prevenzione sanitaria. Valutazione da condurre in via preventiva e urgente non avendosi conoscenza del dato personale del lavoratore sulla scelta vaccinale e pertanto quanto mai necessaria per individuare in concreto le misure alternative alle quali fare ricorso.

L'inasprimento del regime giuridico del nuovo art. 4, come riscritto per effetto delle disposizioni di cui al d.l. n. 172/2021 (per il personale sanitario ma con proiezione di estensione dell'obbligo anche ad altre categorie di lavoratori), si muove invece in diversa direzione. Il legislatore restringe la facoltà datoriale di adibizione a

mansioni diverse alla sola ipotesi eccezionale, e già derogatoria, dell'acquisita esenzione da parte del lavoratore, al quale la legge attribuisce il beneficio della omissione o del differimento della vaccinazione. Esclusivamente per il periodo in cui la vaccinazione è omessa o differita, il datore di lavoro sarà onerato di adibire i soggetti esentati dalla vaccinazione ai sensi del comma 2 a «mansioni anche diverse, senza decurtazione della retribuzione, in modo da evitare il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2» (art. 1, comma 7, d.l. n. 172/2021).

Si realizza così una torsione che ridonda a detrimento dell'impostazione innanzi rappresentata e va a conculcare il diritto al lavoro. Essa si pone al di fuori di un rapporto di stretta causalità con l'istanza di prevenzione sanitaria che il legislatore intende perseguire. Riservando la misura ai soli lavoratori già esentati dalla vaccinazione – lavoratori cioè oggettivamente collocati al di fuori del bilanciamento, per superiori e prevalenti ragioni di protezione della propria salute individuale – il legislatore spezza definitivamente il rapporto di equilibrio tra diritti costituzionali, indirizzandosi alla finalità del perseguimento dell'obiettivo della salute pubblica con ogni tipo di mezzo, anche sproporzionato.

L'iter procedimentale successivamente stabilito dalle norme contribuisce poi a radicare siffatta scelta, dal momento che il legislatore elide ogni possibile apporto del datore di lavoro e inopinatamente lo sostituisce con meccanismi rigidi e automatici, in alcuni casi paradossali per la mancata ponderazione dell'impatto sull'organizzazione del lavoro (si pensi alla risoluzione di diritto dei contratti di lavoro stipulati per la sostituzione dei lavoratori resilienti alla vaccinazione, nelle ipotesi in cui il lavoratore medesimo si determini alla inoculazione del siero¹⁹).

Quel che colpisce è allora la trasfigurazione della misura giuridica predisposta per i lavoratori che rifiutano la vaccinazione, per i quali si profila, nel delineato quadro normativo, un meccanismo che si disallinea rispetto alla finalità di prevenzione sanitaria, e che acquisisce evidentemente una diversa connotazione, di natura

¹⁹ Si tratta di un'ipotesi espressamente prevista per il personale docente della scuola dall'art. 2, comma 4, d.l. n. 172/2021.

afflittiva se non “punitiva” della condotta renitente in assoluto: ad essere colpita è la sola inosservanza dell’obbligo previsto *ex lege*.

Questi mutamenti dell’assetto normativo, intervenuti nel corso dei mesi, in realtà hanno determinato effetti di ordine sistematico, che conviene brevemente tratteggiare.

Il legislatore, da un lato, ha mostrato di fare uso accorto del criterio della ragionevolezza e della proporzionalità, nel momento in cui ha escluso in radice la prospettiva (pure avanzata in dottrina) della risoluzione del rapporto di lavoro a motivo del rifiuto di adempimento dell’obbligo vaccinale; dall’altro lato, però non ha voluto condurre fino in fondo la sua operazione di bilanciamento fra diritti, anzi persuadendosi della necessità di condurla ed esaurirla *uno actu*, fermandosi proprio alla scelta assunta in merito all’esclusione del licenziamento. Sennonché è proprio questo il limite dell’intervento legislativo, in quanto il bilanciamento fra i diritti, per stare in una logica di equilibrio e di proporzionalità fra “mezzi” e “fini”, non può che assumere una dimensione dinamica che attraversa lo svolgimento del rapporto di lavoro in relazione al concreto rischio di contagio che si può o meno prospettare nell’ambiente di lavoro.

Il punto critico più evidente di questo assetto è nella già richiamata qualificazione giuridica della vaccinazione quale «requisito essenziale» non soltanto «per lo svolgimento delle prestazioni lavorative dei soggetti obbligati» ma addirittura «per l’esercizio della professione» (così l’art. 4, d.l. n. 44/2021, conv. l. n. 76/2021, come sostituito dall’art. 1, comma 1, d.l. n. 172/2021).

Tale combinazione normativa agisce sul presupposto giuridico dell’esercizio in forma professionale (subordinata o autonoma) dell’attività lavorativa, minandone alla radice ogni possibilità di estrinsecazione. Il che equivale ad azzerare il significato stesso del lavoro quale diritto-dovere contemplato dall’art. 4 Cost. e quale fattore di esplicazione della persona umana, ancora una volta venendosi a frantumare ogni nesso di causalità con l’istanza di prevenzione sanitaria. Non si tratta allora di valutare soltanto la lesione del minimo vitale della retribuzione quale corollario della prevista sospensione, ma di vagliare anche (e soprattutto)

l'antecedente logico della preclusione di ogni prestazione lavorativa in assoluto, specie quando le condizioni di svolgimento del rapporto si pongano, quantomeno in astratto, in situazione di compatibilità con l'istanza sanitaria.

Si consideri che un differente regime giuridico è stato previsto dal legislatore per il personale scolastico, per il quale invece viene attribuita rilevanza all'apporto datoriale, nei termini di adozione dell'atto di accertamento in capo al dirigente e contestuale sospensione, sia pure quale atto vincolato all'esito della procedura (art. 2, comma 3). Nell'accertamento si applica il comma 2 e il comma 7 (esenzione e ricorso a "mansioni diverse"). L'atto di accertamento dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale impone al dirigente scolastico di utilizzare il docente in attività di supporto alla istituzione scolastica. Ai docenti inadempienti si applica, per quanto compatibile, il regime stabilito per i docenti dichiarati temporaneamente inidonei alle proprie funzioni.

È evidente, anche in questo caso, il carattere afflittivo-punitivo delle misure legislative, che vanno oltre anche la valutazione professionale del docente che viene sacrificata dal legislatore innanzi alla finalità di salvaguardia della salute pubblica. Ancora una volta la valutazione condotta dal legislatore (e avallata dalla Corte costituzionale) non tiene in considerazione il profilo della tutela professionale dei lavoratori tanto della sanità quanto della scuola, sia quando deve salvaguardarne la professionalità anche nell'interesse pubblico al buon funzionamento delle strutture sanitarie, sia quando deve salvaguardarne il contenuto professionale costituzionalmente libero e autonomo e funzionale all'effettività di beni come l'istruzione pubblica²⁰.

L'inasprimento del regime giuridico adottato in via legislativa ha così progressivamente mostrato i segni di un cambiamento più profondo, che sembrerebbe materializzarsi nei termini di un inerziale scivolamento

²⁰ La giurisprudenza di merito, in alcuni casi, ha dovuto fare chiarezza rispetto a condotte datoriali assolutamente discutibili in merito all'applicazione delle richiamate disposizioni normative al personale scolastico: v., per esempio, Tribunale di Benevento, sez. lav., 5 dicembre 2022, ove l'amministrazione scolastica viene condannata per avere adottato la sospensione di una docente che invece aveva allegato la sua assenza dal servizio per malattia; v. altresì Tribunale di Torino, sez. lav., 17 novembre 2022; v. Tribunale di Milano, sez. lav., 14 dicembre 2022, per fattispecie analoga riguardante personale sanitario.

dell'applicazione delle prescrizioni normative in tema di emergenza sanitaria verso una vera e propria trasformazione dell'assetto costituzionale, ove l'istanza di prevenzione sanitaria, assunta dal legislatore, svolge una funzione *normativa-limitativa* dei diritti, in una duplice direzione: non soltanto nel senso di comprimere la sfera individuale di autodeterminazione sanitaria del singolo lavoratore (sia pure temporaneamente ma con l'intensità di cui abbiamo parlato) ma anche (e simultaneamente) nella direzione di conformare i poteri organizzativi datoriali alla finalità prevenzionistica medesima, spingendosi fino ad esaurire la discrezionalità del medesimo potere ed esaurire lo stesso fondamento ultimo del potere imprenditoriale datoriale, protetto in astratto dall'art. 41, comma 1, Cost. Sicché l'istanza di prevenzione sanitaria si porta ben oltre la classica prospettiva della funzionalizzazione ad interessi generali del potere privato e finisce per investire, anche nella percezione collettiva, il quadro dei diritti e principi fondamentali dell'identità costituzionale, consolidando un nuovo ordine ove interessi, pubblici e privati, vengono fissati in un quadro di sempre più problematica compatibilità con la costituzione vigente²¹.

4. Segue. La vaccinazione anti-Covid-19 quale requisito professionale?

Veniamo a questo punto ad un altro aspetto critico dell'impalcatura normativa di riferimento, strettamente connesso alla svalutazione che il legislatore propone dell'apporto datoriale: proprio il parallelo tra professioni sanitarie e personale scolastico, appena tratteggiato, è utile a disvelare l'intrinseca contraddittorietà della scelta legislativa, che spinge l'imposizione del trattamento sanitario fino a farlo assurgere al rango di «requisito essenziale per l'esercizio dell'attività lavorativa».

Ho sin dappprincipio ritenuto erronea siffatta qualificazione giuridico-formale, adottata per il personale sanitario²²: la comparazione con il personale scolastico non fa altro che far emergere, in maniera ancora più nitida, la assoluta irragionevolezza

²¹ Così V. Baldini, *Dinamiche della trasformazione costituzionale*, Cacucci, Bari, 2023, pp. 94-95.

²² In dottrina, condivide invece la scelta legislativa C. Pisani, *Il vaccino per gli operatori sanitari obbligatorio per legge è requisito essenziale per la prestazione*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2021, p. 6 ss., facendo ricorso alla fattispecie dell'onere.

di essa. Non si trascuri inoltre che l'impianto normativo originario del d.l. n. 44, proprio su questo specifico punto, presentava vistosi elementi di contraddittorietà: da un lato, il legislatore (per i sanitari) elevava la vaccinazione a «requisito essenziale per lo svolgimento della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative dei soggetti obbligati» (art. 4, comma 1); dall'altro lato, limitava la sfera di operatività dell'atto di accertamento alla sospensione del (solo) diritto «a svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2». Si radicava con ogni evidenza una considerazione della vaccinazione non già quale requisito generale per lo svolgimento della professione ma solo, più modestamente, quale limite allo svolgimento delle mansioni di contatto²³.

Lo stesso legislatore configura l'«obbligo vaccinale per il personale docente ed educativo della scuola» quale requisito per lo svolgimento (ora si dice espressamente) delle «attività didattiche a contatto». Nel caso di inosservanza dell'obbligo vaccinale, si è visto che il dirigente scolastico è tenuto ad utilizzare il docente inadempiente in attività di supporto alla istituzione scolastica (art. 4.-ter.2, comma 3).

Ebbene, al di là della considerazione che siffatto regime giuridico differenziato in rapporto alle categorie dei lavoratori, come detto, appaia sganciato in punto di diritto da attendibili e specifici dati scientifici riferibili, in un rapporto di diretta causalità, a quella categoria di lavoratori, a me pare che la qualificazione del vaccino anti-Covid-19 quale requisito essenziale sia profondamente erronea in assoluto, anche se riferita al personale sanitario.

L'imposizione *ex lege* del trattamento sanitario ai lavoratori incontra infatti un limite intrinseco dettato dal suo scrupoloso e costante rapportarsi alla sfera di operatività dell'istanza di prevenzione sanitaria come individuata dallo stesso

²³ Coglie questa discrasia normativa A. Boscato, *L'obbligo di vaccinazione introdotto dal d.l. n. 44/2021 tra principi costituzionali ed applicazione concreta*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2021, p. 336; sulla finalità e sui limiti del "ripescaggio", v. E. Gagnoli, *L'obbligo di vaccinazione e il cosiddetto certificato verde*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2021, p. 601; al riguardo, v. anche L. Taschini, *Il vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro. Dalle prime pronunce di merito al d.l. n. 44 del 2021*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2021, p. 15, in ordine alla natura derogatoria delle predette previsioni normative rispetto ai principi di cui all'art. 2103 c.c.

legislatore. È evidente che siffatta istanza non è dotata di una forza espansiva illimitata, incontrando piuttosto limitazioni provenienti dalla sfera personale e professionale del lavoratore, destinatario degli obblighi di legge. La valutazione del legislatore non può che arrestarsi al limite della sfera personale e professionale del lavoratore, in quanto tale ricadente nella disponibilità delle sole parti del contratto di lavoro. L'accezione di requisito essenziale della vaccinazione, pertanto, non può che essere accolta restrittivamente nel significato di requisito per lo svolgimento delle sole mansioni "di contatto", cioè quando la proiezione del contratto di lavoro, segnatamente della attribuzione delle specifiche mansioni al lavoratore, si trovi ad impattare direttamente con il cono d'ombra della istanza di prevenzione dal contagio, ma non già quando essa investa invece una valutazione squisitamente professionale attinente alle condizioni tecniche per lo svolgimento in astratto di quelle mansioni. In questa ipotesi, sono le parti (intese anche sul piano collettivo-sindacale) a decidere le condizioni (o il mutamento delle condizioni) per lo svolgimento di quella specifica attività lavorativa.

La lettura di segno opposto rappresenterebbe un'estensione irragionevole e sproporzionata della proiezione della prevenzione sanitaria, spingendola in un ambito ove la valutazione attinge alle parti del contratto di lavoro. È questo un altro motivo per ritenere del tutto impropria la scelta legislativa di svalutare l'apporto datoriale: apporto invece, si ribadisce, decisivo proprio nella concreta operazione di separazione degli spazi contrattuali oggettivamente impermeabili rispetto alla proiezione dell'istanza di prevenzione sanitaria, in funzione della effettività della stessa prevenzione sanitaria.

Non aver considerato il ruolo datoriale inficia la legittimità dell'intervento legislativo sul piano della proporzionalità della misura dell'obbligo vaccinale, specie se il bilanciamento dei diritti è guardato, come accennato, nella visuale specifica del datore di lavoro pubblico, la cui sfera di azione è, a sua volta, compressa dai vincoli dell'imparzialità e del buon andamento di cui all'art. 97 Cost. Nel caso specifico del lavoro prestato alle dipendenze di pubbliche amministrazioni (si pensi alle strutture sanitarie ospedaliere, in particolare), nel

balancing test sulla sostenibilità della misura impositiva del vaccino non può non entrare altresì l'interesse generale dei cittadini-utenti, mediato proprio dall'interesse organizzativo al buon funzionamento della struttura sanitaria. Sicché un'imposizione generalizzata dell'obbligo comprime *ab origine* l'interesse organizzativo così configurato, elidendo un pezzo egualmente importante ai fini della stessa salvaguardia della salute pubblica. Non a caso, a più riprese, negli ultimi mesi, notizie di cronaca hanno evidenziato la necessità di "richiamo" in servizio dei medici sospesi al fine di assicurare le prestazioni sanitarie indispensabili).

A riprova di questo restringimento/azzeramento dello spazio individuale del diritto alla salute del singolo lavoratore valgono due elementi normativi: il dato della formale traslazione per il personale sanitario in capo all'Ordine professionale (non al datore di lavoro) della titolarità dell'avvio della procedura preordinata all'accertamento della condizione di vaccinato, da un lato, l'effetto discendente dalla mancata vaccinazione intesa quale requisito non soltanto per lo svolgimento dell'attività lavorativa ma anche per l'esercizio della professione con regime differente per il personale scolastico, come visto (su questo punto, v. la sentenza n. 16 che però è di mera inammissibilità).

Questo passaggio offre la dimensione chiara della sproporzione della misura normativa, che comprime in assoluto ogni forma di esercizio della professione sanitaria (a differenza di quella scolastica), ivi incluse quelle sicuramente svolgibili senza alcun contatto con altre persone (le attività lavorative a distanza), ancora una volta conculcando la fondamentale libertà di ogni cittadino di svolgere un'attività lavorativa espressiva della sua personalità (art. 4 Cost.).

La combinazione di questi due elementi avrebbe dovuto convincere il giudice costituzionale di quanto l'istanza di prevenzione sanitaria avesse invece assunto, nell'assetto normativo prefigurato dal legislatore, una configurazione che travalicasse il confine della proporzionalità, nel momento in cui travolge e comprime il diritto allo svolgimento di un'attività lavorativa, azzerando non

soltanto l'attività in concreto svolta ma l'esercizio possibile anche in astratto della professione sanitaria, per giunta senza alcun emolumento.

Nella sentenza n. 15/2023, la Corte costituzionale assume invece quale presupposto della sua motivazione la scelta legislativa di elevare la vaccinazione a requisito essenziale non soltanto per lo svolgimento delle prestazioni lavorative ma anche per l'esercizio della professione, mostrando di saltare proprio lo snodo concettuale di fondo della questione.

5. Il meccanismo sanzionatorio della sospensione del lavoratore renitente

Alla luce delle considerazioni svolte, anche le altre due aree tematiche – la configurazione giuridica del meccanismo di sospensione del lavoratore che non osserva l'obbligo di vaccinazione e la questione dell'assegno alimentare – appaiono a questo punto ampiamente scandagliate.

La natura *ictu oculi* "sanzionatoria" del meccanismo della sospensione è riscontrabile in una duplice prospettiva: a) nel sostanziale svilimento della componente individuale del diritto alla salute contenuto nell'art. 32, comma 1, Cost., dal momento che la libertà di autodeterminazione in ambito sanitario del singolo lavoratore è nei fatti conculcata dalla saldatura fra obbligatorietà del vaccino (nei termini innanzi prospettati) e privazione del lavoro e della retribuzione. Sicché il singolo lavoratore non ha alcun margine di scelta se non quello di sottrarsi (se intende far prevalere un principio di precauzione rispetto ad un vaccino ritenuto non efficace) ma accettando tutte le conseguenze previste dalla legge (ivi inclusa la privazione di ogni forma di sostegno vitale). Sicché le due opzioni appaiono tali solo in apparenza; b) nel mancato riconoscimento di ogni forma di erogazione economica per il sostegno vitale del lavoratore sospeso, nel periodo in cui non riceve la retribuzione. Anche qui la scelta legislativa assume una chiara accezione lesiva del parametro del rispetto della persona umana di cui all'art. 32, comma 2, Cost., intendendo aggravare la condizione soggettiva del lavoratore sospeso inibendogli il riconoscimento anche di forme di natura

assistenziale-vitale che l'ordinamento prevede in altre situazioni ove pure viene censurata la condotta del lavoratore.

6. Le garanzie violate di dignità del lavoratore: la questione dell'assegno alimentare

Se la privazione della retribuzione appare quale corollario della sospensione del rapporto di lavoro e quindi, come correttamente dice la Consulta, dell'interruzione del sinallagma funzionale del rapporto medesimo, il richiamo invece ad ogni altro emolumento comunque denominato (anch'esso escluso nel caso *de quo*) appare funzionale, nell'assetto legislativo, ad attribuire alla scelta del singolo lavoratore di sottrarsi all'obbligo vaccinale una valenza sanzionatoria, afflittiva, del resto plasticamente rappresentata nella parte in cui la Corte costituzionale rimarca come «... l'obbligatorietà del vaccino lascia comunque al singolo la possibilità di scegliere se adempiere o sottrarsi all'obbligo, assumendosi responsabilmente, in questo secondo caso, le conseguenze previste dalla legge»²⁴. Non convince la motivazione addotta sul punto, che vede la Consulta legare la natura non disciplinare della sospensione al mero mantenimento del rapporto di lavoro, alla preclusione cioè del licenziamento pur a fronte della scelta del singolo di sottrarsi all'obbligo vaccinale. Ma se è la stessa Consulta a precisare che l'obbligo è il frutto di una inserzione *ex lege* nella dinamica del contratto di lavoro del tutto sganciata dalla dinamica stessa (tant'è che il datore come abbiamo visto non ha alcun ruolo attivo), appare poi illogico dedurre dall'inosservanza di un obbligo inserito nel contratto di lavoro dall'esterno conseguenze tipicamente contrattuali quali quelle ascrivibili al recesso datoriale. Che tipo di licenziamento si sarebbe configurato? Con un uso discutibile dell'argomentazione si nega il sinallagma per dire che si sospende il lavoratore e poi si invoca il sinallagma per dire che non si licenzia.

Se ne deduce che anche la parte della sentenza ove si propone una connessione con la responsabilità contrattuale del datore di lavoro ai sensi dell'art. 2087 c.c. appare ambigua e fuorviante. Occorre ribadire che non è possibile dedurre un obbligo

²⁴ Così Corte costituzionale n. 14/2023, punto 16.1 del *Considerato in diritto*.

vaccinale *ex contractu* in forza dell'art. 2087 c.c., a ciò ostando la previsione di cui all'art. 32, comma 2, Cost.²⁵ La Consulta parla al riguardo di integrazione *ex lege* del contenuto sinallagmatico del contratto individuale di lavoro e di sintonia con l'art. 2087 c.c. Anche in questo caso, tuttavia, oltre a svilire una dimensione pubblicistica già insita nel dovere di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c.²⁶, la sentenza n. 15²⁷ mi pare mostri più di un punto debole: la sospensione del lavoratore (vale a dire *l'effetto* di una condotta deviante del prestatore) costituisce elemento di integrazione del contenuto sinallagmatico, ma a monte resta sempre distinta la valutazione da fare (sulla quale la Corte non si pronuncia) se la vaccinazione anti SARS CoV-2 sia sempre requisito nella duplice accezione di cui innanzi (valutazione dalla quale il datore di lavoro non può essere escluso e rispetto alla quale il giudice costituzionale doveva esprimersi in termini di proporzionalità della misura e non invece di valutazione eteronoma sul terreno insindacabile dell'imprenditore *ex art. 41 Cost.* Per giunta, in riferimento al datore di lavoro pubblico si ripete è totalmente mancato il raffronto in chiave di bilanciamento con l'art. 97 Cost.). Se la condizione del lavoratore non vaccinato è ricondotta alla fattispecie della "impossibilità temporanea non imputabile" (tant'è che la Corte dice che la sospensione non ha valenza sanzionatoria) appare illogico poi far discendere conseguenze così radicali in termini di mancata erogazione della retribuzione e finanche di ogni forma di assistenza quale l'assegno alimentare, che assumono una natura sanzionatoria *in re ipsa* per la sola condotta individuale *difforme* tenuta dal singolo lavoratore.

Nella valutazione sulla connotazione da conferire alla sospensione del lavoratore renitente entra non soltanto la previsione in negativo del licenziamento ma altresì l'incidenza della misura sullo sviluppo della personalità del lavoratore e della dignità (sua e della sua famiglia) *ex art. 36 Cost.*

²⁵ In dottrina, P. Ichino, *Perché e come l'obbligo di vaccinazione può nascere anche solo da un contratto di diritto privato*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2021, sostiene la tesi di segno contrario, facendo leva sui rimedi civilistici e sull'art. 2087 c.c. Per una ricostruzione del dibattito, sia consentito il rinvio a M. Cerbone, *Vaccinazione anti-Covid-19, autodeterminazione del lavoratore e riflessi sul rapporto di lavoro*, in *questa rivista*, 2021, p. 79 ss.

²⁶ G. Natullo, *Sicurezza del lavoro* (Voce), in *Enciclopedia del diritto*, Annali IV, 2011, p. 1073 ss.

²⁷ Corte costituzionale n. 15/2023, punto 12.1 del *Considerato in diritto*.

La questione dell'assegno chiude così il cerchio in coerenza con un meccanismo rigido che incide sul sinallagma in maniera impropria e apre ad ambigue concezioni della responsabilità e dei poteri datoriali in materia di prevenzione e sicurezza, in contrasto con i limiti di cui all'art. 41, comma 2, Cost. e all'art. 32, comma 2, Cost.

Un'impostazione garantista non può che considerare la possibilità in astratto di accompagnare la sospensione dal lavoro con privazione della retribuzione ad altre fonti di sostentamento del lavoratore sospeso, escludendo che la formulazione adottata dal legislatore possa, in chiave restrittiva, alludere ad una misura speciale *ad hoc* volta a colpire in assoluto e senza alcuna tutela la condotta assunta dal prestatore di lavoro.

Il testo letterale della disposizione è chiaro nel precludere al lavoratore ogni erogazione legata al rapporto di lavoro e al sinallagma contrattuale, che abbia cioè natura *lato sensu* retributiva: questa mi pare l'accezione da conferire all'espressione «ogni altro emolumento comunque denominato». Ciò non implicherebbe la incompatibilità della medesima disposizione con la previsione della erogazione di somme aventi differente natura giuridica, non retributiva, di tipo alimentare (tra l'altro già riconosciute agganciate a specifiche disposizioni normative previste per il personale militare e della scuola). A ragionare in senso contrario, si finirebbe infatti per attribuire alla richiamata sospensione (ancora una volta) una valenza afflittiva, in contrasto con il testuale riferimento legislativo. Certo, in senso contrario, si potrebbe obiettare che è proprio la esclusione di una connotazione disciplinare della sospensione in esame ad impedire il ricorso in via analogica a quelle ipotesi nelle quali le normative di settore e la contrattazione collettiva fanno scattare invece, a beneficio del lavoratore, l'erogazione di somme economiche nella vigenza del periodo di sospensione. Cionondimeno, ancora una volta la valorizzazione di una lettura orientata in prospettiva costituzionale consentirebbe sicuramente al lavoratore sospeso di reclamare somme volte ad assicurare un'esistenza libera e dignitosa, in rapporto alla garanzia del contenuto di minima

operatività dei diritti fondamentali, in aderenza alle indicazioni della giurisprudenza costituzionale.

Si potrebbe discutere se già dal parametro dell'art. 36 Cost. si possa ricavare la conclusione interpretativa secondo la quale non sono dovute le sole voci economiche strettamente correlate in una logica corrispettiva al lavoro prestato ma non quelle espressione della componente dell'adeguatezza sociale²⁸. Tra l'altro, qui varrebbe il principio della giurisprudenza costituzionale secondo il quale il bilanciamento non può far venir meno la minima operatività di un diritto fondamentale²⁹.

Si potrebbe far leva pertanto sull'interpretazione adeguatrice rispetto ai valori costituzionali di cui all'art. 36 Cost. che incorpora nella retribuzione (e quindi rende intangibile) anche una componente sociale esterna al sinallagma contrattuale³⁰, valorizzando altresì il principio solidaristico di cui all'art. 2 Cost. quale fondamento per il riconoscimento dell'assegno alimentare al lavoratore sospeso³¹.

Di sicuro, sostenere la privazione totale di ogni fonte di sostegno del lavoratore e, al contempo, dichiarare la natura non disciplinare della misura di sospensione appare un ossimoro interpretativo, che entra inevitabilmente nella motivazione della Corte costituzionale.

²⁸ Alla stregua del principio costituzionale scolpito nell'art. 36 Cost., la retribuzione deve mantenere una componente di adeguatezza sociale: e qui il giudice costituzionale avrebbe dovuto fornire una interpretazione adeguatrice in questi termini, come mi pare sia successo soltanto nella richiamata pronuncia del Tribunale di Velletri del dicembre 2021.

²⁹ In questi termini v. ancora Tribunale di Velletri, cit.

³⁰ Sul punto v. V. Baldini, *L'emergenza sanitaria: tra Stato di eccezione, trasformazione della Costituzione e garanzie del pluralismo democratico*, in questa rivista, fascicolo 1/2023, p. 400, secondo il quale il riferimento all'esistenza libera e dignitosa, contenuto nell'art. 36 Cost., sembra poter valere come parametro di misurazione, in ogni caso, anche della consistenza reale dell'assegno alimentare in questione; v. anche C. Iannello, *La sentenza n. 14 del 2023 della Corte Costituzionale*, cit., p. 14. Nell'elaborazione giurisprudenziale, a favore del riconoscimento dell'assegno i giudici fanno leva sul bilanciamento e sulla natura non disciplinare della sospensione applicata: v. Tar Lazio, sez. V, 25 febbraio 2022, n. 1240; Tar Marche, sez. I, 19 marzo 2022, n. 109 (Decreto del Presidente).

³¹ V. G. Cerrina Feroni, *Obblighi vaccinali, conseguenze del mancato assolvimento e Costituzione. Una lettura critica delle sentenze della Corte costituzionale n. 14 e 15 del 2023*, in questa rivista, 2023, p. 245 ss.

7. Allentare la pressione sui diritti dei lavoratori per ritornare alla centralità del lavoro nella società democratica

I rilievi critici innanzi esposti inducono, sul piano interpretativo, a meditare una conclusione più ampia e generale, che abbia la pretesa, come accennato in apertura, di collocarsi stabilmente “oltre la fase dell’emergenza pandemica” e che investa frontalmente la dimensione giuslavoristica.

Il lascito della lunga fase emergenziale è stato quello di una *pressione* costante che il legislatore ha esercitato sui diritti dei lavoratori, fondandosi sulla giustificazione della istanza di salvaguardia della dimensione collettiva della salute (art. 32, comma 2, Cost.). Di certo, al legislatore l’ordinamento ha affidato il giudizio sulle condotte dei prestatori di lavoro in funzione dell’attuazione dell’istanza di prevenzione sanitaria, ma ciò non ha mai implicato – è bene precisare – l’abbandono del principio secondo il quale siffatta difficile e complicata interazione tra “individuale” e “collettivo” dovesse esprimersi pur sempre in una logica di bilanciamento “umano” dei diritti in gioco.

Questo è il punto cruciale sul quale riflettere oggi.

Un recente contributo di Valerio Maio riporta al centro del dibattito tra gli studiosi proprio il concetto fondamentale dell’anteriorità della persona, della sua visione integrale e dell’integrazione che essa subisce in un pluralismo sociale³², sottolineando la necessità di un aggiornamento del principio “personalista” che permea il rapporto di lavoro e, aggiungerei, per questa via, di una vera e propria depurazione di quegli effetti deleteri, dannosi e perciò insostenibili della pressione legislativa cui innanzi si faceva riferimento.

Proprio in ragione dei tumultuosi cambiamenti in atto, acuiti dall’emergenza pandemica, occorre muovere nella direzione di “riumanizzare” il lavoro, prestando attenzione a quella indefettibile *dimensione relazionale* che, non senza difficoltà teoriche, ci consente pur sempre di distinguere la prospettiva personalistica, tutelata in Costituzione, da quella invece meramente individualistica. Se è compito

³² V. Maio, *Statuto dei lavoratori e principio personalista. Riflessioni sul Titolo primo della legge n. 300 del 1970 a cinquant’anni dalla sua approvazione*, in A. Bellavista, M. Marinelli (a cura di), *Studi in onore di Alessandro Garilli*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 646.

della Repubblica rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana, il diritto del lavoro non può mai rinunciare a questo suo compito: distinguere tra relazioni che, almeno prospetticamente ed in base all'esperienza, possono ritenersi *personalizzanti*, perché idonee a realizzare, completare e sviluppare la persona e relazioni invece *depersonalizzanti*, in quanto alienanti, cioè idonee a isolare, limitare, far regredire la persona³³.

Per questa via, bisogna allora abbandonare definitivamente logiche antitetiche alla descritta dimensione relazionale, che, in una sorta di ribaltamento teorico, finiscano per attribuire centralità alla sfera volitiva del singolo prestatore di lavoro subordinato, quale origine e causa di trattamenti a sé sfavorevoli, aggravando la sua già strutturale e riconosciuta debolezza contrattuale.

Al centro dell'elaborazione interpretativa occorre rimettere la "persona che lavora", nella accennata dimensione relazionale in quanto costitutiva della democrazia.

³³ Ancora V. Maio, *Statuto dei lavoratori e principio personalista*, cit., p. 655.