GRUPPO di PISA

Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

La Rivista

Fascicolo 2021/03

Contributi di:

A. Amato, E. Aranda Álvarez, P. Bianchi, V. Casamassima, E. Cuccodoro, M. D'Amico, M. Di Geronimo, G. Donato, S. Filippi, A. Formisano, G. Gonzales Mantilla, A. Guazzarotti, E. Lamarque, L. Leo, M. Luciani, C. Luzzi, S. Marinai, C. Masciotta, E. Mostacci, C. Nardocci, F.F. Pagano, C. Panzera, G. Romeo, A. Ruggeri, F. Salmoni, A. Somma, N. Zanon

La Rivista **Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale** è inclusa tra le riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche. Codice **ISSN: 2039-8026**.

Per il triennio 2020-2022, **Direttore responsabile**: Marilisa D'Amico (*Università degli Studi di Milano*).

Comitato di Direzione: Adriana Apostoli (*Università degli Studi di Brescia*), Carlo Colapietro (*Università degli Studi "Roma Tre"*), Giacomo D'Amico (*Università degli Studi di Messina*), Gianluca Famiglietti (*Università di Pisa*), Gennaro Ferraiuolo (*Università degli Studi di Napoli "Federico II"*), Federica Grandi (*"Sapienza" Università di Roma*).

Comitato di Redazione: Antonello Lo Calzo (Coordinatore) (*Università degli Studi del Sannio di Benevento*), Rossana Caridà (*Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro*), Arianna Carminati (*Università degli Studi di Brescia*), Martina Contieri (*Università degli Studi di Napoli "Federico II"*), Alessia Fusco (*Università degli Studi di Torino*), Marsid Laze (*"Sapienza" Università di Roma*), Cristina Luzzi (*Università di Pisa*), Giuditta Marra (*"Sapienza" Università di Roma*), Andrea Napolitano (*Università degli Studi di Napoli "Parthenope"*), Costanza Nardocci (*Università degli Studi di Milano*), Leonardo Pace (*Università degli Studi "Roma Tre"*), Valentina Pupo (*Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro*), Giada Ragone (*Università degli Studi di Milano*), Umberto Ronga (*Università degli Studi di Napoli "Federico II"*), Giuliano Serges (*Università degli Studi "Roma Tre"*), Cecilia Siccardi (*Università degli Studi di Milano*).

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

RIVISTA DEL GRUPPO DI PISA - INDICE DEL FASCICOLO 3/2021

Massimo LUCIANI, *Relazione conclusiva* 1

Costanza NARDOCCI, *Intelligenza artificiale e discriminazioni* 9

Giuseppe DONATO, *Sulla persistente assenza di metodo democratico nell'attività interna dei partiti: le espulsioni al vaglio della giurisprudenza* 61

Antonino AMATO, *Giudice comune e Carta dei diritti: quale spazio per la disapplicaizone?* 72

Fabio Francesco PAGANO, *Pubblica amministrazione e innovazione tecnologica* 84

Aniello FORMISANO, *The right to respect for private life and the requirement of transparency of Public Administration in the Italian legal system* 113

Silvia FILIPPI, *Alle radici della funzione di governo: gli «studi giuridici sul governo parlamentare» di V.E. Orlando* 128

Marco DI GERONIMO, *Arresti e prospettive della giurisprudenza costituzionale sulla legittimità dei sistemi elettorali proporzionali* 143

Costanza MASCIOTTA, *Il ruolo dell'amicus curiæ in alcune recenti decisioni costituzionali* 174

Le recensioni

Enrico CUCCODORO (a cura di), *Il Presidente di tutti. Prestazioni di unità*, Roma, Aracne, 2021

Recensione di Luana LEO 188

Replica del Curatore 193

Elisabetta LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana. Nuova stagione, altri episodi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021

Recensione di Marilisa D'AMICO 195

Replica dell'Autrice 201

Gorki GONZALES MANTILLA (a cura di), *Cultura contitucional y derecho viviente. Escritos en honor al Profesor Roberto Romboli*, Voll. I e II, Lima, Centro de estudios constitucionales del Tribunal constitucional del Perú, 2021

Recensione di Antonio RUGGERI..... 203

Replica del Curatore..... 209

Graziella ROMEO, *L'argomentazione costituzionale di* Common law, Torino, Giappichelli, 2020

Recensione di Nicolò ZANON..... 214

Replica dell'Autrice 221

Il Forum

Verso un futuro (più) sociale dell'Europa? 226

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

CONVEGNO DEL GRUPPO DI PISA
IL DIRITTO COSTITUZIONALE E LE SFIDE DELL'INNOVAZIONE TECNOLOGICA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA – 18-19 GIUGNO 2021

RELAZIONE CONCLUSIVA*

MASSIMO LUCIANI**

SOMMARIO: 1. Le "relazioni conclusive". – 2. La tensione fra diritto e innovazione. – 3. Il funzionamento della rappresentanza. – 4. La riservatezza. – 5. L'ampio terreno del confronto fra diritti costituzionali e innovazione. – 6. L'eguaglianza. – 7. La giustizia digitale. – 8. Un costituzionalismo senza aggettivi.

1. *Le "relazioni conclusive"*

Ci sono due modelli di relazioni conclusive di convegni che non ho mai apprezzato. Il primo è quello del fedele riassunto: chi conclude passa in rassegna le relazioni e gli interventi che si sono succeduti, riproponendone in sintesi ai partecipanti il contenuto. Il secondo è quello della relazione autonoma: chi conclude tratta l'argomento generale come se fosse un relatore come gli altri (solo, con l'affidamento di un più ampio campo d'intervento), dice la sua e tutto finisce lì.

Ora, a mio parere, il primo modello si caratterizza per l'inutilità, a meno che non si ritenga che ai partecipanti a un incontro scientifico basti ascoltare in pillole quel che con più distese argomentazioni è stato sostenuto da chi è intervenuto nel corso dei lavori. Il secondo modello, invece, si caratterizza per l'egocentrismo, dal quale è affetto chi pensa di elargire il verbo incurante dei ragionamenti di chi l'ha preceduto.

Non so se riuscirò a non cadere nella trappola di seguire l'uno o l'altro di questi modelli. Quel che è certo è che ho letto tutte le relazioni e che ho ascoltato tutto il dibattito

* Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista.
** Professore ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico presso la "Sapienza" Università di Roma.

della seconda giornata (nella prima, infatti, non mi è stato possibile collegarmi, purtroppo). Sulla base di quel che ho letto e ascoltato proverò a identificare alcune piste di riflessione, talora coincidenti con, talaltra supplementari a, quelle già seguite dai relatori.

2. *La tensione fra diritto e innovazione*

Prenderei le mosse dalla tensione irrisolvibile fra diritto e innovazione scientifico-tecnologica. Non si tratta solo di registrare, una volta di più, lo stacco fra un agire umano teso al cambiamento e un altro teso – se non alla conservazione – alla razionalizzazione dell'esistente. Nemmeno si tratta di registrare in via generale, ancora una volta (lo ha peraltro già fatto, nel suo intervento, Mobilio), il ritardo del diritto sulla scienza e sulla tecnica, tanto più marcato quanto più il primo diventa complesso e farraginoso e le seconde accelerano il ritmo del cambiamento concettuale e operazionale. Non è solo questo e vorrei mettere in luce un profilo ulteriore.

Ne *L'Éve future*, il romanzo che Villiers de l'Isle-Adam concepì già nel 1877 e che costituisce il capostipite di tutti i libri di narrativa sull'intelligenza artificiale (pensiamo, in Italia, alla ripresa che dei suoi temi fece Bontempelli in *Eva ultima*)[1], Edison, il mago di Menlo Park, cioè la "leggenda", il "personaggio", distillato dal romanziere dal vero e storico Thomas Alva Edison, dopo essersi a lungo interrogato sull'utilità che le sue invenzioni possono avere nel mondo moderno, taglia corto esclamando: "Après tout, que m'importe! Inventons! Inventons!"[2]. Ecco, pur nella finzione letteraria, emerge qui un tratto caratterizzante della ricerca tecnologica (direi: della scienza applicata, che poi è quella che maggiormente interessa la nostra discussione). Lo scienziato inventa e l'invenzione *ha un senso in sé*, in quanto invenzione. Il sol fatto di esistere in quanto tale, di *venire alla luce*, la legittima, ne attesta la novità per rapporto a ciò che la precedeva. Se poi servirà a qualcosa e se questo qualcosa sarà un bene o un male per l'umanità, *peu importe*! Ecco, il diritto ha una logica del tutto diversa. Il diritto è attribuzione di senso. È senso sociale formalizzato in fonti, atti provvedimenti, comportamenti. Essendo attribuzione di senso il diritto fatica a razionalizzare quel che, come accennavo, pretende legittimazione pel solo fatto di esistere, che "è" pel semplice fatto che "può essere". Il suo ritardo, dunque, non è solo *crono-logico*, ma è fatalmente *logico*, perché esso costituisce una dimensione disassata rispetto a quella dell'innovazione. Se il diritto pretendesse di ammettere la sola innovazione dotata di senso (sociale) violerebbe la garanzia della libertà della ricerca scientifica apprestata – da noi – dall'art. 33 Cost. e prevista, comunque, in tutti gli ordinamenti costituzionali più avanzati. Deve dunque riconoscere una libertà innominata, riservandosi di regolarla quando ne emergerà, se ne emergerà, il senso. Ma, così facendo, non potrà mai venirne a capo in prevenzione. Insomma: la regolazione dell'innovazione scientifico-tecnologica è soprattutto regolazione di effetti, dunque successiva. *Ex ante* è complesso di precetti di metodo,

[1] M. BONTEMPELLI, *Eva ultima*, in *Opere scelte*, a cura di L. Baldacci, 5^ ed., Milano, 2004, 341 ss.
[2] A. VILLIERS DE L'ISLE-ADAM, *L'Éve future*, ed. a cura di A. Raitt, Paris, 1993, 50.

perché in un ordinamento liberale non riesce a essere compiutamente complesso di precetti di contenuto, ferma restando la determinazione dei confini estremi dell'innovazione (pensiamo al caso di scuola del divieto di creazione di corpi non senzienti, destinati a fungere da magazzini d'organi da trapiantare).

3. *Il funzionamento della rappresentanza*

Se qualcosa emerge con chiarezza da questo convegno è la pervasività dell'innovazione tecnica nel nostro mondo. Una pervasività che noi avvertiamo prevalentemente come sfida, rischio, pericolo. Certo, Carlo Ferrajoli mette in luce, alla fine della sua relazione, le opportunità che le nuove tecnologie offrono al lavoro parlamentare e, più in generale, ai processi di partecipazione politica e di formazione del consenso, ma questi rilievi arrivano al termine di una riflessione giuocata (e giustamente) sui toni della preoccupazione (anche l'odierno intervento di Frega mi sembra avesse la medesima coloritura).

Resto, appunto, sul tema toccato da Ferrajoli, per osservare che le nuove tecnologie sono senz'altro di ausilio per il lavoro parlamentare, ma la loro applicazione deve essere limitata a quanto serve per funzionare meglio, senza stravolgere la logica del confronto tipico delle assemblee rappresentative. Così, non posso che condividere le considerazioni di Ferrajoli sulla correttezza della decisione del nostro Parlamento di non cedere alla tentazione di destinare al lavoro da remoto anche il cuore stesso del confronto parlamentare: non si sarebbe trattato – peraltro – solo di una violazione dei regolamenti, ma, più profondamente, di una violazione della Costituzione, giustificabile solo in nome di una *Verfassungsdurchbrechung* legittimata dall'emergenza (so che la nostra ospite, Lara Trucco, la pensa diversamente, ma anche lei sa qual è la mia posizione).

Non condivido, invece, l'ipotesi di estendere ulteriormente la già ampia disciplina della trasparenza dei lavori parlamentari. Aprire al pubblico le discussioni di commissioni o (peggio ancora) giunte (delle quali, a dire il vero, Ferrajoli non parla, evidentemente cogliendo la delicatezza supplementare d'una pubblicità eccessiva in quella sede) non ha solo un saldo attivo in termini di trasparenza, ma anche un saldo passivo in termini di pervertimento della logica del confronto parlamentare, che quanto più si apre all'esterno tanto più diventa permeabile alla logica della tribuna e non a quella del confronto, di un confronto teso al raggiungimento di quel compromesso alto che, kelsenianamente, è il compito del parlamentarismo[3].

4. *La riservatezza*

Non è però solo sul piano della partecipazione politica e del parlamentarismo, ovviamente, che l'innovazione fa gravare il peso delle sue trasformazioni.

[3] L'assoluta inutilità pratica (e l'esclusiva utilità mediatica, oltretutto per una sola delle due parti) del confronto fra Pier Luigi Bersani e i rappresentanti del M5S nel marzo 2013 è esemplare.

Certo, alcuni terreni sono prevedibili e anche molto sondati: penso a quello della riservatezza, di cui si è occupato Simone Scagliarini. Qui la letteratura, gli arresti giurisprudenziali, i dati di prassi, sono addirittura torrenziali. E non è una sorpresa. Non lo è a causa della delicatezza della questione del controllo dei dati personali, certo, ma non lo è anche perché sin dall'inizio il tema era stato contaminato da un'impostazione, a mio avviso, non corretta. Già nel lontano, ma conosciutissimo, saggio che S.D. Warren e L.D. Brandeis pubblicarono sulla *Harvard Law Review* del 1890[4], il diritto alla riservatezza era fatto largamente coincidere con una sorta di generale diritto all'autodeterminazione, il che – indubbiamente – non ha costituito un approdo molto preciso e soddisfacente. Concependo in questo modo la *privacy* (dalla quale germina il diritto alla tutela dei dati personali), la scienza giuridica non fa molti passi avanti. Al di qua dell'Oceano Atlantico, invero, la dottrina civilistica che aveva elaborato la categoria del diritto generale della personalità (l'*allgemeines Persönlichkeitsrecht*) non fece fare grandi progressi all'indagine scientifica e all'analisi del diritto positivo. Lo stesso accade per le concezioni – diciamo così – onnivore della *privacy*, che finiscono per diventare, a me pare, inoperative.

Indubbiamente, qui tocchiamo con mano lo sbilanciamento fra diritti del singolo e poteri pubblici e privati: Davide, in questo caso, difficilmente può battere Golia senza l'aiuto di qualcuno. L'impegno dell'associazionismo privato, in questa prospettiva, è fondamentale, ma non so se si possa concordare appieno con Scagliarini quando osserva che non sarebbe "da trascurare la maggiore garanzia che anche formazioni collettive di natura privatistica, ma prive di finalità lucrative e sorte con lo scopo di assicurare maggiore garanzia alle situazioni soggettive al nostro esame, possono offrire attraverso una tutela collettiva [...]". È corretto, ma non sarebbe meno corretto mettere in luce il fatto che anche queste formazioni collettive sono soggetti di potere, del cui possibile abuso è bene essere sempre avvertiti[5].

Del resto, questo non è che un aspetto – e certamente non il più importante – del rapporto che intercorre fra poteri pubblici e poteri privati, rapporto che coinvolge la questione delle relazioni verticali (soggetti internazionali, Stati, autonomie territoriali) assieme a quella delle relazioni orizzontali. Gli enormi problemi implicati dall'emergere di poteri privati globali sui quali si è soffermato Marco Betzu (e oggi è intervenuta Liberali) sollecitano una duplice strategia di reazione: potenziamento dei controlli statali; rafforzamento della regolazione internazionale.

[4] S.D. WARREN e L.D. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890, 193 ss.

[5] Del resto, che il mercato sia (anche) un'arena politica è noto da tempo. V., ad es., A. FOLLESDAL, *Political Consumerism as Chance and Challenge*, in M. MICHELETTI, A. FOLLESDAL, D. STOLLE (a cura di), *Politics, Products and Markets. Exploring Political Consumerism Past and Present*, New Brunswick and London, 2004, 3 ss.

5. *L'ampio terreno del confronto fra diritti costituzionali e innovazione*

Tutti i diritti, però, sono coinvolti dall'innovazione. Non sono convinto, a dir la verità, della tradizionale distinzione fra diritti sociali e diritti di libertà. Da tempo, infatti[6], sostengo che sarebbe miglior partito distinguere i diritti fondamentali a seconda che siano diritti di difesa (*Abwehrrechte*), diritti a prestazione (*Leistungsrechte*) o a percepire parte di un utile sociale (*Teilhaberechte*), diritti di partecipazione (*Teilnahmerechte*). Questi gruppi di diritti non si differenziano secondo linee divisive rigide[7] e ritengo che tutti i diritti fondamentali, a seconda della prospettiva dalla quale li si riguarda ovvero del concreto caso della vita cui vanno ricondotti, rientrino ora nell'uno ora nell'altro di questi gruppi. La questione del rapporto fra diritti e innovazione tecnologica, insomma, ha uno zoccolo comune, che rende difficoltoso differenziare con nettezza la posizione dei diritti sociali e dei diritti di libertà, ammesso – e appunto non concesso – che li si possa distinguere in questi termini.

Certo, la coda del diavolo della tecnologia si mostra nei luoghi più riposti. Giustamente, ad esempio, Guerino Fares ricorda che in "recenti studi scientifici [...] si è notato come l'uso della tastiera non stimoli lo sviluppo di connessioni cerebrali diversamente da quanto capita a chi invece scrive con la penna, il cui uso facilita peraltro l'apprendimento per i suoi tempi dilatati che spingono il cervello a selezionare i concetti più importanti e, di conseguenza, assimilarli meglio". E qui, però, il problema non è solo giuridico (del legislatore, intendo, o dell'amministrazione), ma anche e soprattutto culturale: se gli intellettuali non sono consapevoli di rischi di questo genere è difficile che chi non lo è possa cogliere la differenza che corre tra lo scrivere (e ragionare) impugnando una penna (stilografica...) e lo scrivere digitando su una tastiera.

Anche qui, però, i rischi si accoppiano alle opportunità: la videoscrittura, usata *cum grano salis*, è indispensabile e costituisce un aiuto prezioso al quale nessuno di noi, adesso, saprebbe rinunciare. E lo stesso discorso vale per la DAD, per la telemedicina etc. Anche qui la prospettiva giuridica e quella culturale si sovrappongono e opportunità e pericoli fatalmente s'intrecciano.

6. *L'eguaglianza*

Questo intreccio è particolarmente evidente sul piano delle vicende del principio di eguaglianza. Come dimostra la relazione (dovrei forse dire monografia, vista la mole...) di Costanza Nardocci, le discriminazioni sottese all'uso delle nuove tecnologie sono particolarmente insidiose: difficili da prevenire; difficili da rilevare; difficili da sanare,

[6] Si tratta di tesi che ho esposto in più occasioni. V., ad es., *Laterna Magika. I diritti "finanziariamente condizionati"*, in *Rivista della Corte dei conti*, 1-2/2018, 646 s. Nella dottrina tedesca, posizione analoga (ma non coincidente) in H.-J. PAPIER e C. KRÖNKE, *Grundkurs öffentliches Recht 2*, *Grundrechte*, 2^ ed., Heidelberg, 2015, 16 ss.

[7] Così già P. HÄBERLE, *Das Bundesverfassungsgericht im Leistungsstaat. Die Numerus-clausus-Entscheidung vom 18.7.1972*, in *DöV*, 1972, 739.

annidate come sono nelle pieghe di algoritmi difficilmente ricostruibili dai loro stessi artefici.

Vorrei mettere in evidenza, però, un tema delicato. In alcuni casi, che Nardocci ha opportunamente messo in luce, solo l'incrocio fra dati non necessariamente omogenei consente di evitare prassi disomogenee. Pensiamo al dato dell'altezza per l'accesso al pubblico impiego, in cui la condizione delle donne è – ovviamente – deteriore rispetto a quella degli uomini. La Corte costituzionale si occupò della questione in epoca – diciamo così – ancora largamente analogica[8]; ora essa si ripropone in epoca digitale, facendoci intendere che talvolta l'acquisizione di dati differenziati è indispensabile proprio per impedire una... differenziazione indebita.

E c'è di più. Pensiamo alle terapie sanitarie che prevedono protocolli differenziati non solo per età o pregresso anamnestico, ma anche per sesso. Come si concilia la considerazione del dato naturalistico del sesso con quello culturale del genere? Come si deve procedere nella considerazione dell'identità del paziente? L'elemento naturalistico, a me sembra, in questo caso, fa aggio su quello culturale, ma è agevole comprendere che una simile conclusione ha conseguenze non trascurabili sul rapporto complessivo che possiamo ricostruire fra genere, natura, cultura, diritto.

7. *La giustizia digitale*

Ma è chiaro che per noi giuristi il terreno di interesse culturale più spiccato è quello della giustizia digitale. Qui posso solo elencare alcune teste di capitolo, considerata l'immensità delle questioni che si pongono e che Erik Longo ha trattato nella sua relazione (questioni la cui ampiezza è stata chiarita anche dagli interventi di Fiano e Canale). Direi che i nodi teorici e pratici più importanti sono:

a) il rapporto fra predittività e certezza;

b) la concezione della giurisdizione, per rapporto alla legislazione;

c) la teoria dell'interpretazione;

d) l'alternanza fra stabilità e innovazione giurisprudenziale;

e) il rapporto fra macchina e intervento umano.

Quest'ultimo punto è quello più importante sul piano pratico, mi sembra. Grimaldi ha chiarito che un *human oversight* non garantisce affatto che l'essere umano si reimpossessi della giurisdizione. Se lo *ius dicere* è preceduto da un *dictum* macchinale, è evidente, il dire umano è largamente pre-giudicato, vuoi per ragioni psicologiche, vuoi per le difficoltà motivazionali che si connettono al discostamento dal *dictum* macchinale. L'intervento umano *post festum* non risolve affatto i problemi.

[8] Sent. n. 163 del 1993.

8. *Un costituzionalismo senza aggettivi*

Concludo. Nell'ultimo contributo apparso nella Collana di "Piccole conferenze" meritoriamente diretta da Aljs Vignudelli, Maurizio Fioravanti, parafrasando Ernst Forsthoff, ha trattato il tema dello *Stato costituzionale in trasformazione*.[9] Ebbene: è interessante notare che Fioravanti non si sofferma in modo particolare sulle questioni discusse in questo Convegno. Come mai?

A me sembra che la ragione stia nella volontà di salvaguardare le categorie tradizionali del costituzionalismo, una volontà che condivido pienamente. Il che mi porta a dire che la teorizzazione di un vero e proprio costituzionalismo digitale (pur attentamente motivata, qui, da Longo) costituisce un azzardo, di dubbia utilità sul piano dell'inquadramento dommatico dei problemi (condivido, pertanto, le critiche di Betzu).

Le nostre categorie, dunque, restano intatte anche a fronte di sfide come quella dell'innovazione tecnologica o quella dell'apparente dissoluzione del territorio. Certo, proprio la questione del territorio è centrale (lo dimostra la relazione di Napoli) e, per ragioni evidenti (ben intese dallo Schmitt del *Nomos der Erde*)[10], lo è in particolar modo nella giuspubblicistica continentale (mentre in quella anglosassone resta marginale).

A questo proposito, si sa che possiamo distinguere due posizioni principali, che vediamo esemplarmente rappresentate, già oltre un secolo fa, da Georg Jellinek e da Paul Laband. Per il primo, sulla scia di Fricker, il territorio è "*ein Moment des Staates als Subjektes*"[11], e cioè un modo di essere dello Stato, il suo presentarsi in veste materiale; per il secondo, in esplicita critica alla teoria ora ricordata, il territorio è "*das Objekt, welches der Staat beherrscht*", e cioè il semplice oggetto materiale della sua potenza regolatrice[12]. Per sintetizzare le due posizioni, potremmo dire che per Jellinek lo Stato *è* (anche) un territorio, mentre per Laband lo Stato *ha* un territorio[13]. L'opinione di Jellinek, indubbiamente, può contare su buoni argomenti e, in particolare, ha dalla sua la considerazione che la cancellazione integrale del territorio di uno Stato non sarebbe la semplice distruzione di una sua "proprietà", ma la disintegrazione dello Stato stesso[14]. Essa, però, ha il torto di considerare il territorio, assieme alla sovranità e al popolo, come uno dei "tre elementi costitutivi" dello Stato, cosa che si espone subito alla critica (che del resto troviamo già in Laband)[15] che il territorio è tutt'al più un *presupposto* della costituzione di un popolo in soggetto stabile, che resta semplice oggetto del possesso e del dominio che tale popolo su di esso esercita.

---

[9] M. FIORAVANTI, *Stato costituzionale in trasformazione*, Modena, 2021.

[10] C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, 4^ ed., Berlin, 1997, 144 ss.

[11] G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 3ª ed., Berlin-Zürich, 1966, 395, il quale riprende l'opinione di C.V. FRICKER, *Vom Staatsgebiet*, Tübingen, 1867, in ID., *Gebiet und Gebietshoheit*, Tübingen, 1901, 112.

[12] P. LABAND, *Das Staatsrecht* des *deutschen Reiches*, rist. della 5ª ed. (1911), vol. I, Aalen, 1964, 191.

[13] Questa alternativa tra "essere" e "avere" un territorio era ben chiara già allo stesso Jellinek (*Allgemeine Staatslehre*, cit., 397).

[14] *Ivi*, 398 (ma v., più radicalmente, lo stesso C.V. FRICKER, *Vom Staatsgebiet*, cit., 112).

[15] P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, cit., 192.

Al di là dei torti e delle ragioni, resta fermo che per gli studiosi continentali lo Stato è addirittura inconcepibile "*sans une emprise géographique*"[16]. Il punto è tutto qui[17].

Lino Costanzo, nella sua introduzione, ha chiuso ricordando la necessità di non raggomitolarsi in un "«sovranismo» digitale". Ha ragione. Questioni transnazionali, transterritoriali, non si risolvono nella nazione, non si acquietano giacendo sul territorio. Ma questo non significa cancellazione dello Stato. Ragionando, venticinque anni fa, sul fenomeno della globalizzazione, mi ero convinto che stessimo vivendo, all'un tempo, la massima crisi e il massimo protagonismo della statualità: gli Stati sono scavalcati dalla globalizzazione, sì, ma all'un tempo ne sono gli attori; l'hanno voluta; l'hanno coltivata; l'hanno assai poco regolata[18]. Il che significa che se al "sovranismo digitale" è ben possibile contrapporre un "sovranazionalismo" o addirittura un "internazionalismo digitale", questo non può risolversi in un astratto cosmopolitismo, in un esangue costituzionalismo globale, ma nel costituzionalismo senza aggettivi, che rivendica le proprie categorie e il loro uso, valorizzando la massima cattura possibile del potere da parte dei cittadini. Che non è consentita nella dimensione planetaria, ma ha tuttora bisogno della dimensione dello Stato quale vera dimensione possibile (per quanto problematica) della partecipazione politica organizzata e di una *Öffentlichkeit* che – al contrario di quella globale – non sia preda, all'un tempo, degli istinti irrazionali dell'*óchlos* e della volontà predatoria delle più che visibili dita dell'*invisible hand*.

[16] A.-M. LE POURHIET, *Droit constitutionnel*, 9^ ed., Paris, 2018, 8.

[17] Mi sono permesso di riprendere le considerazioni svolte nel testo, anche testualmente, dal mio *Dal* cháos *all'ordine e ritorno*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2/2019, 357 ss.

[18] Mi riferisco a *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, 124 ss.

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

CONVEGNO DEL GRUPPO DI PISA
IL DIRITTO COSTITUZIONALE E LE SFIDE DELL'INNOVAZIONE TECNOLOGICA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA – 18-19 GIUGNO 2021

INTELLIGENZA ARTIFICIALE E DISCRIMINAZIONI[*]

COSTANZA NARDOCCI[**]

SOMMARIO: Introduzione: La discriminazione, la persona e la macchina. – PARTE PRIMA – LA DISCRIMINAZIONE "ARTIFICIALE". – 1. Esiste una *AI-derived discrimination*? – 2. Stesse cause, diversa fenomenologia? – 3. Sulla possibile o auspicabile trasposizione delle categorie del diritto anti-discriminatorio. – 3.1. La discriminazione diretta: quando le tecniche di intelligenza artificiale distinguono ("male"). – 3.2. A cavallo tra discriminazione diretta e indiretta: l'*unconscious disparate treatment.* – 3.3. La discriminazione indiretta: dove risiede la (non) neutralità? – 3.4. Ai confini della discriminazione per associazione: la "*proxy discrimination*". – 4. Discriminazioni strutturali e intelligenza artificiale. – 5. Una prima delimitazione teorica della *AI-derived discrimination*. – 6. Le "vittime": verso nuove identità e appartenenze. – 7. Le "vecchie" minoranze tra genere, razza e etnia. – 8. "Nuove" minoranze e "nuovi" fattori di discriminazione? Il *proxy*. – 9. L'intersezionalità oggettiva e soggettiva nella *AI-derived discrimination*. – PARTE SECONDA – DALLA GENESI ALL'ACCERTAMENTO: IL LEGISLATORE, I GIUDICI. – 10. Il legislatore. 10.1. Sulla regolamentazione della *AI-derived discrimination*: il "se", il "chi"... – 10.2. … il "come". – 11. Il giudice. –11.1. Le criticità di ordine teorico: l'accesso alla giustizia. – 11.2. (*Segue*) l'individuazione del soggetto responsabile – 11.3. (*Segue*) la prova della disparità di trattamento. – 11.4. … come risolverle. – 12. Uno sguardo ai primi casi giudiziari tra Italia e Europa. – 13. La giurisprudenza costituzionale tra eguaglianza, ragionevolezza e automatismi: quale spazio per lo scrutinio sulla "discriminazione algoritmica"? – Conclusioni: L'intelligenza artificiale ha "cambiato" la discriminazione?

[*] Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista.

[**] Ricercatrice in Diritto costituzionale, Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale, Università degli Studi di Milano.

Introduzione: La discriminazione, la persona e la macchina

La discriminazione, quale fenomeno direttamente correlato alla condotta umana, secondo una costruzione relazionale di tipo causale tra la seconda e la prima, è negli ultimi anni esposto a nuove e, in parte, impreviste torsioni[1].

Il collegamento immediato, in termini temporali, e diretto, perché portato fattuale e causale, con l'azione della persona umana si vede, infatti, progressivamente sfumare al cospetto dell'*agere* di un soggetto o fattore di tipo diverso e terzo[2]. L'ingresso nello spazio umano, pubblico[3] e privato, della tecnologia e, con essa, delle tecniche di intelligenza artificiale[4] ha portato con sé conseguenze importanti, tra le altre[5], sulla fenomenologia della discriminazione[6], rendendo problematica la configurazione dei suoi tratti caratterizzanti, prodotto di una convergenza di studi che ha avvicinato nel corso dei decenni le scienze sociali – dalla sociologia, al diritto, alla filosofia – nella ricerca di una sua definizione esaustiva e condivisa[7].

Se sussiste un consenso intorno alla equiparazione tra la discriminazione, nella sua duplice accezione di fenomeno sociale e giuridico, e la differenziazione irragionevole, perché ingiustificata e sproporzionata, tra due fattispecie sovrapponibili, cioè analoghe

---

[1] Riferisce delle criticità che discendono dalla interposizione tra l'uomo e gli eventi della "macchina", A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/2019, 63 ss., e, in particolare, 67 ss.

[2] La letteratura osserva, infatti, in rapporto al nesso causale tra azione umana ed effetto che: «[i]l fatto che oggi la tecnologia (per meglio dire, la potenza cibernetica) non è più soltanto uno 'strumento' per realizzare finalità decise da un soggetto agente umano, ma, è essa stessa a prendere decisioni rilevanti per la libertà e la persona umana», così A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2019, 93.

[3] Il riferimento è, come noto, anche al settore della giustizia. In proposito, recente è la notizia secondo cui anche la Corte europea dei diritti dell'uomo sarebbe in procinto di introdurre meccanismi di intelligenza artificiale per la fase preliminare di ricevibilità. Si veda la manifestazione di interesse del Giudice Spano: «[w]e have throughout the last decade been introducing reforms and one of them, certainly, is the use of information technology. We are now in a phase where we are looking at to what extent we can, for example, at the registration phase introduce algorithmic or automated decision making so as to try and reduce the extent to which this classical registration phase has to all be done manually. […] When it is done, we can use the data introduced into the system in a more effective manner. But I do think moving to the future a mass, a bulk case court like ours will slowly start introducing algorithmic tools to facilitate its tasks». Ne dà conto V. FIKFAK, *What Future for Human Rights? Decision-making by algorithm*, in *Strasbourg Observer*, 19 maggio 2021.

[4] Schematicamente, i settori che, ad oggi, fanno maggiormente ricorso alle tecniche di intelligenza artificiale sono: l'amministrazione della giustizia, per quanto attiene alla prevedibilità del rischio di recidiva; la sanità per la diagnostica; le risorse umane per assunzioni e licenziamento; i sistemi educativi per la valutazione e l'assegnazione dei punteggi; la finanza; il settore assicurativo. Per le implicazioni giuridiche che discendono dalla progressiva centralità che stanno assumendo le tecniche di intelligenza artificiale, K.D. ASHLEY, *Artificial Intelligence and Legal Analytics. New Tools for Law Practice in the Digital Age*, Cambridge, 2017, ripreso da A. SANTOSUOSSO, *Intelligenza artificiale e diritto*, Milano, 2020.

In dottrina, si vedano, anche, le relazioni rese nell'ambito del seminario organizzato dall'Associazione "Gruppo di Pisa" in data 26 marzo 2021 dal titolo "Diritto e nuove tecnologie tra comparazione e interdisciplinarità", i cui contributi sono in corso di pubblicazione.

Per un'analisi delle principali implicazioni di carattere etico legate all'espansione delle tecniche di intelligenza artificiale, J. KAPLAN, *Artificial Intelligence. What Everyone Needs to Know*, Oxford, 2016. Interessanti sono anche le conseguenze e i rischi connessi all'impiego delle tecniche di intelligenza artificiale durante la crisi sanitaria legata alla diffusione del Covid-19, su cui M.S. HORIKAWA, *Digitalized Discrimination: COVID-19 and the Impact of Bias in Artificial Intelligence*, in *The Journal of Robotics, Artificial Intelligence & Law*, 2021, 223 ss.

oppure meritevoli di eguale trattamento, emergono criticità a fronte di distinzioni realizzate non più (non solo) per opera dell'azione dalla persona, bensì più o meno intensamente e direttamente influenzate dal funzionamento della macchina[8]. Ci si riferisce a differenziazioni che, nei casi più complessi, costituiscono il prodotto di condotte quasi eterodirette in cui l'azione umana è pressoché estromessa dalla relazione causale azione-evento[9] sulla base di meccanismi dal funzionamento autonomo e, talvolta, dalle dinamiche interne sconosciute e di ardua ricostruzione *ex ante* e *ex post*.

Le difficoltà nel tracciare un collegamento tra la condotta umana e la discriminazione, motivata dalla intermediazione della macchina, si pone così al centro delle problematiche teoriche e applicative, che investono i rapporti tra la discriminazione, il diritto antidiscriminatorio[10] e l'intelligenza artificiale, che ci si propone di approfondire.

Sullo sfondo si staglia il più ampio tema delle relazioni tra la persona e la macchina, cioè tra la prima e le sue azioni, e l'innovazione tecnologica, a cui accede quello del "posto" occupato o che dovrebbe occupare la persona rispetto alla macchina alla luce del principio costituzionale di autodeterminazione letto nel prisma dell'art. 2 Cost. Una macchina che si vorrebbe restasse confinata alla categoria dei "mezzi"[11], ma che sembra invece sempre più tramutarsi in "soggetto agente"[12], rescindendo i legami tra la persona, la condotta e i suoi effetti.

Il rischio che sembra profilarsi è, insomma, che l'abdicazione in favore della macchina, qui intesa in senso volutamente astratto, e della tecnologia che si sta

[5] Niente affatto secondarie e da sfondo al dibattito si inseriscono le implicazioni di carattere etico, su cui insiste A. CELOTTO, *Come regolare gli algoritmi. Il difficile bilanciamento fra scienza, etica e diritto*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2019, 47 ss.

[6] L'impatto dell'intelligenza artificiale supera, come noto, la dimensione più circoscritta e propria del fenomeno discriminatorio, tanto da aver indotto autorevole dottrina a coniare l'espressione ormai famosa di realtà «on-life» a enfatizzare come la realtà virtuale si sta oppure si è ormai imposta al fianco di quella materiale e concreta. Così L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017.

[7] Si veda, in particolare, in tema il *memorandum* T*he main types and causes of discrimination* della *Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities* delle Nazioni Unite, 7 giugno 1949, UN Doc. E/CN. 4/Sub. 2/40/rev. 1. Per una ricostruzione della nozione di discriminazione, sue origini e cause, si consenta il rinvio a C. NARDOCCI, *Razza e etnia. La discriminazione tra individuo e gruppo nella dimensione costituzionale e sovranazionale*, Napoli, 2016.

[8] Sottolinea come le tecniche di intelligenza artificiale siano ontologicamente preposte a distinguere K. LIPPERT-RASMUSSEN, *Born free and equal? A philosophical inquiry into the nature of discrimination*, Oxford, 2014.

[9] Per una ricostruzione delle novità legate alla intermediazione della tecnologia nella costruzione delle dinamiche relazionali, J. PEARL, D. MACKENZIE, *The book. of why. The new science of cause and effect*, New York, 2018.

[10] La nozione di diritto antidiscriminatorio qui accolta copre quel ramo del diritto che si occupa della definizione dei tratti della discriminazione, della identificazione delle sue forme e tipologie, degli strumenti per la prevenzione ed il contrasto delle sue manifestazioni esterne. In materia, S. FREDMAN, *Discrimiantion Law*, Oxford, 2011.

[11] Richiama e si sofferma sulla distinzione di derivazione aristotelica tra mezzo e soggetto agente nella prospettiva della costruzione teorica delle relazioni tra persona umana e tecnologia, A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., 67.

[12] *Ibidem.*

prepotentemente insediando negli spazi della vita quotidiana, pubblica[13] e privata, lasci indietro le persone[14] e, con esse, i loro diritti[15].

Non fa eccezione, tra questi, il principio di non discriminazione[16].

Che l'intelligenza artificiale distingua è dato intimamente connesso alla sua struttura ontologica, poiché la macchina è chiamata ad operare distinzioni sulla base di una definita e chiusa selezione di dati. Se, quindi, l'intelligenza artificiale per sua natura distingue, si tratterà di interrogarsi non tanto sul *se* le tecniche di intelligenza artificiale distinguono, quanto piuttosto sul *come* lo fanno. La ricerca del *come* costituisce, quindi, obiettivo primario dello studio.

L'indagine sul *come* distingue la macchina impone di accostarne l'analisi alla nozione di discriminazione accolta dal diritto di antidiscriminatorio e di interpretare il funzionamento della "macchina" alla luce dei criteri che qualificano una distinzione quale discriminazione. E, peraltro, che non ogni distinzione costituisca una discriminazione lesiva del principio di eguaglianza è portato pacificamente accolto dal diritto positivo, così come dalla giurisprudenza tanto costituzionale quanto sovranazionale.

La scelta di impostare lo studio della discriminazione prodotta dalla macchina dalla prospettiva dei principi e delle regole del diritto antidiscriminatorio tiene, inoltre, in adeguata considerazione peculiarità ulteriori che insistono, ancora una volta, sul *come* si realizza la distinzione. Il *come*, infatti, non sempre è decifrabile. Talvolta, non è noto il funzionamento interno della macchina; in altre, non è identificabile la causa primigenia della differenziazione: un insieme di criticità che precludono o, perlomeno, rendono particolarmente complesso quello scrutinio sulla ragionevolezza o "bontà" della distinzione tale da renderla esente da conseguenze sanzionatorie.

---

[13] Si pensi allo spazio riservato alle nuove tecnologie nel settore dell'amministrazione della giustizia, su cui svolge riflessioni critiche M. LUCIANI nel suo *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 3/2018, 872 ss. Uno studio interessante sui settori e sulle modalità di impiego delle tecniche di intelligenza artificiale da parte del governo federale, è stato realizzato negli Stati Uniti da un team di ricercatori della Stanford University e della New York University, *Government by Algorithm: Artificial Intelligence in Federal Administrative Agencies*, e può essere letto al link: https://www-cdn.law.stanford.edu/wp-content/uploads/2020/02/ACUS-AI-Report.pdf.

[14] Sulla centralità che deve riconoscersi alla persona pure al cospetto dell'ingresso della tecnologia nella sfera dell'"umano", si sofferma T. GROPPI, *Alle frontiere dello stato costituzionale: innovazione tecnologica e intelligenza artificiale*, in *Consulta Online*, 3/2020, 675 ss. e, in particolare, 681 - 682.

[15] Per un approfondimento nell'ambito della letteratura nazionale sulle implicazioni derivanti dal ricorso alle tecniche di intelligenza artificiale, U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti. L'etica*, Milano, 2020 e ai contributi *ivi* contenuti.

[16] Interessante osservare come solo di recente la letteratura abbia cominciato ad occuparsi anche dei rapporti tra funzionamento delle tecniche di intelligenza artificiale e discriminazioni e come, tuttavia, continuino a prevalere studi di scienziati informatici. Offrono una analitica mappatura, corroborata da dati, degli studi ad oggi esistenti in tema di intelligenza artificiale e discriminazione, M. FAVARETTO, E. DE CLERCQ, B. SIMONE ELGER, *Big data and discrimination: perils, promises and solutions. A systematic review*, in *Journal of Big Data*, 2019, 1 e ss. Sull'opportunità di costruire modelli di intelligenza artificiale rispettosi del principio di non discriminazione si veda l'iniziativa del Consiglio d'Europa confluita nell'adozione nel dicembre del 2018 della *European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment*. Sui rischi discriminatori legati alle tecniche di intelligenza artificiale, si veda invece lo studio condotto dalla *Federal Anti-Discrimination Agency*, dal titolo *Risks of Discrimination through the Use of Algorithms*, pubblicato in inglese nel 2020, scaricabile al link: https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/EN/publikationen/Studie_en_Diskriminierungsrisiken_durch_Verwendung_von_Algorithmen.html.

Lo studio dei rapporti tra la discriminazione e l'intelligenza artificiale persegue così uno scopo duplice: verificare se e come l'intelligenza artificiale ha trasformato la nozione giuridica di discriminazione accolta dal diritto anti-discriminatorio di derivazione euro-unitaria, e, in caso affermativo, delineare i tratti della nuova fenomenologia discriminatoria.

Il saggio consta di due parti. La prima è dedicata alle mutazioni della discriminazione legata all'intelligenza artificiale: dal lato *oggettivo*, che investe la tenuta delle nozioni classiche del diritto antidiscriminatorio in termini di adeguatezza delle categorie della discriminazione diretta ed indiretta a ricomprendere le specificità della discriminazione derivante dal ricorso a tecniche di intelligenza artificiale; da quello *soggettivo*, che osserva il fenomeno "dal basso", dalla prospettiva delle vittime di condotte discriminatorie e delle qualità, individuali e collettive, su cui agisce la differenziazione, cioè dei fattori di discriminazione. Nella seconda, ci si occuperà invece degli approcci ed approdi del legislatore continentale e dei giudici, nazionali ed europei, soffermandosi sul ruolo che si vorrebbe o si ritiene dovrebbero assolvere rispettivamente il primo in punto di regolamentazione e di prevenzione e il secondo in fase di contenimento e di repressione del fenomeno.

PARTE PRIMA
LA DISCRIMINAZIONE "ARTIFICIALE"

1. *Esiste una* AI-derived discrimination?

L'interrogativo sulle potenzialità discriminatorie dell'intelligenza artificiale è stato da qualche anno superato e risolto in senso affermativo[17], tanto che ad oggi il tema che si

[17] Il tema si è imposto in modo importante all'attenzione dell'opinione pubblica a partire dal 2014, a seguito della pubblicazione del Report della Casa Bianca statunitense *Big Data: Seizing Opportunities, Preserving Values*, consultabile al link: https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/docs/big_data_privacy_report_may_1_2014.pdf, che in particolare riporta alcuni esempi di effetti discriminatori prodottisi per effetto del ricorso a tecniche di intelligenza artificiale. L'esempio più noto, su cui si avrà modo di tornare perché illustrativa dei caratteri della *AI-derived discrimination*, riguarda le conseguenze prodotte dalla App Street Bump, utilizzata nella città di Boston e realizzata in collaborazione con il *Mayor's Office of New Urban Mechanics*. La App mirava ad utilizzare dati raccolti dagli *smartphones* degli abitanti della città, allo scopo di valutare quali fossero le aree cittadine che avrebbero necessitato interventi di riqualificazione attraverso un'analisi delle condizioni delle strade e dei quartieri. La principale criticità della App derivava dal fatto che, dal momento che le categorie economicamente più povere, avevano meno possibilità di disporre di uno *smartphone* sul quale installare la App in esame, gli interventi a livello comunale si sarebbero concentrati soltanto nei quartieri a più alta intensità abitativa da individui appartenenti alle classi economicamente più agiate. La App, quindi, risultava discriminare alcune categorie di abitanti sulla base delle condizioni economiche. La letteratura ha iniziato ad occuparsi in modo più approfondito delle interferenze tra l'intelligenza artificiale e il fenomeno discriminatorio soprattutto successivamente alla pubblicazione del Report della Casa Bianca del 2014. Una ricerca interessante ha messo in evidenza che, nel novero dei lavori pubblicati dopo il 2014 e sino al 2019, su riviste indicizzate si contano solo 14 studi che si sono occupati del tema in esame dal punto di vista delle sue implicazioni e ricadute giuridiche. Il riferimento è al lavoro di M. FAVARETTO, E. DE CLERCQ, B. SIMONE ELGER, *Big data and discrimination: perils, promises and solutions. A systematic*

impone all'attenzione della dottrina, ma non solo[18], investe non più tanto il *se* la macchina discrimina[19], o meglio, se può discriminare, bensì il *come* lo fa, ai danni di *chi*, in base a *che cosa*.

Quanto al primo aspetto, i dati[20] raccolti sul funzionamento di alcune tecniche di intelligenza artificiale – prevalentemente di *machine learning* – attestano un rischio elevato di discriminazioni, spesso oscure nel loro funzionamento e difficilmente "spiegabili"[21] in termini di rapporto causa / effetto tra le condotte.

Sotto il profilo del *chi* soggiace a trattamenti discriminatori, le evidenze statistiche dimostrano che le ricadute pregiudizievoli derivanti dal ricorso alle tecniche di intelligenza artificiale interessano in modo proporzionalmente maggiore individui appartenenti a minoranze[22], intendendo qui riferirsi non soltanto a gruppi numericamente inferiori rispetto al resto della popolazione, in accordo con la definizione tradizionale di minoranza[23], bensì, e lasciando sullo sfondo il dato quantitativo, a gruppi che occupano

---

review, cit., in particolare 5 e ss. Uno studio ancora più recente dà conto dell'esistenza di una frattura significativa tra gli studi condotti negli Stati Uniti in tema di intelligenza artificiale e discriminazione e lo stato attuale dell'elaborazione teorica sul versante ceuropeo, così S. WACHTER, B. MITTELSTADT, C. RUSSELL, *Why Fairness Cannot Be Automated: Bridging the Gap Between Eu non-Discrimination Law and AI*, in *Computer Law & Security Review*, 2020, 1 e ss. Di recente, anche, K. CRAWFORD, tra cui *Atlas of AI: Power, Politics, and the Planetary Costs of Artificial Intelligence*, New Haven, 2021.

[18] Si pensi alla proposta in discussione in seno alle istituzioni dell'Unione Europea con cui si vorrebbe introdurre un divieto di utilizzo delle tecniche di IA di riconoscimento facciale a motivo dell'elevato tasso di discriminatorietà che ne connota il funzionamento.

[19] Nell'ambito della dottrina giuspubblicistica, tra gli altri, L. GIACOMELLI, *Big brother is «gendering» you. Il diritto antidiscriminatorio alla prova dell'intelligenza artificiale: quale tutela per il corpo digitale?*, in *BioLaw Journal*, 2019, 269 ss.; P. ZUDDAS, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, in AA.VV., Liber amicorum *per Pasquale Costanzo*, in *Consulta Online*, 2020, 1 ss.

[20] Il riferimento è, anzitutto, alle evidenze relative all'impiego delle tecniche di riconoscimento facciale, s cui J BUOLAMWINI, T. GEBRU nel suo *Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification*, il testo integrale può essere letto al link: http://proceedings.mlr.press/v81/buolamwini18a/buolamwini18a.pdf. In questo contesto, si inseriscono anche i dati relativi alle modalità di impiego delle tecniche di IA da parte della polizia statunitense allo scopo di valutare a scopo preventivo le probabilità di recidiva oppure anche, a monte, di commissione di reati. In tema, da ultimo e tra i molti, S. BRAYNE, *Predict and Surveil. Data, Discretion, and the Future of Policing*, Oxford, 2020, e il Rapporto *The leadership conference on civil & human rights et al., predictive policing today: a shared statement of civil rights concerns*, redatto da un gruppo di 17 associazioni attive nel settore della tutela dei diritti civili che nel 2016 mettevano in guardia contro i rischi per le minoranze afro-americane connesse alle ricadute discriminatorie a sfondo razziale delle tecnologie di giusitizia predittiva, consultabile al seguente link: http://civilrightsdocs.info/pdf/final_jo intstatementpredictivepolicing.pdf. Tra i molti contributi in materia, A.D. SELBST, *Disparate impact in big data policing*, in *Georgia Law Review*, 2019, 109 ss. Ancora, alcuni studi hanno messo in luce come i dati raccolti sui *social networks* siano stati impiegati a scopo di profilazione; si veda in proposito M. KOSINSKI, D. STILLWELL, T. GRAEPEL, *Private traits and attributes are predictable from digital records of human behavior*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America (PNAS)*, 2013, 5802 ss. Un altro progetto pilota è *Our Data Bodies* (https://www.odbproject.org), che offre un monitoraggio sulle modalità con cui in alcune città (Detroit, Charlotte, Los Angeles) statunitensi sono raccolti e utilizzati dal potere pubblico dati relativi alle comunità più svantaggiate dei contesti urbani.

[21] La necessità che il funzionamento delle tecniche di IA sia "spiegabile" è sempre più avvertita in letteratura. Ci si riferisce al "right to explanation". In dottrina, tra i molti, M. PALMIRANI, *Big Data e conoscenza*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2020, 73 ss.

[22] Tra i molti, S.U. NOBLE, *Algorithms of Oppression: How Search Engines Reinforce Racism*, New York, 2018.

[23] Il riferimento è alla nozione proposta da F. CAPOTORTI, nel suo *Study on the persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities*, United Nations, New York, 1979; in tema, anche, la *Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities*, UN.Doc. E/CN.4/641.

una posizione di subordinazione secondo una costruzione gerarchica e stratificata della società su cui tuttora insistono le relazioni di potere entro le società contemporanee[24].

In relazione al *che cosa*, ossia alla qualità individuale motivo della differenziazione irragionevole, si osserva un ampliamento degli elementi su cui poggia il trattamento diversificato non sempre coincidente con i fattori di discriminazione tradizionali e noti alle enumerazioni delle Carte costituzionali e dei trattati di diritto internazionale dei diritti umani.

In simile quadro, si inseriscono le tesi di coloro che ritengono che l'intelligenza artificiale riproduca "vecchie" discriminazioni, già esistenti e note all'elaborazione teorica e dottrinale, e che rifletta società strutturalmente o, nei casi più gravi, istituzionalmente diseguali.

Il tema è se simile caratterizzazione del fenomeno discriminatorio lo mantenga entro "binari" noti oppure se la correlazione tra discriminazione e intelligenza artificiale comporti conseguenze sulla conformazione degli elementi oggettivi della condotta discriminatoria, su quelli soggettivi della identificazione delle vittime e delle qualità individuali e/o collettive, allontanando la definita "*AI-derived discrimination*" dal seminato del diritto antidiscriminatorio.

Lo studio delle modalità con cui l'intelligenza artificiale discrimina è quindi condizione necessaria per valutare l'adeguatezza delle categorie del diritto antidiscriminatorio a fronteggiare il fenomeno, nel senso della sua piana riferibilità alla *AI-derived discrimination*; oppure, al fine di appurare se quest'ultima non sia isolabile, presentando specificità tali da assegnarle una fisionomia autonoma tale da sfuggire alle maglie del sistema vigente.

2. *Stesse cause, diversa fenomenologia?*

«Data are assumed to accurately reflect the social world, but there are significant gaps, with little or no signal coming from particular communities. While massive datasets may feel very abstract, they are intricately linked to physical place and human culture»[25].

Così una delle maggiori studiose delle interazioni tra discriminazione e intelligenza artificiale appuntava l'attenzione sulla neutralità e astrattezza solo apparenti del dato[26]

[24] Per una ricostruzione delle proposte definitorie che hanno investito la nozione di minoranza, si consenta il rinvio a C. NARDOCCI, *Razza e etnia. La discriminazione tra individuo e gruppo nella dimensione costituzionale e sovranazionale*, cit.; nella dottrina costituzionalistica, A. PIZZORUSSO ai cui studi si rinvia diffusamente, tra cui *Le minoranze nel diritto pubblico interno*, Milano, 1967, e *Minoranze e maggioranze*, Torino, 1993..

[25] K. CRAWFORD, *The Hidden Biases in Big Data*, in *Harvard Business Review*, 2013.

[26] Qui il riferimento è al "dato" in senso volutamente generico, a cui si accostano una serie di ulteriori nozioni e classificazioni tra cui quella che più rileva in questa sede è quella di *big data*, definibile quale insieme consistente di dati prodotti dall'uomo ovvero dalle macchine; in tema, si rinvia a R. HENRY, S. VENKATRAMAN, *Big Data Analytics: The next big learning opportunity*, in *Academy of Information and Management Sciences Journal*, 2015, 15 ss. e, in particolare, 17 e ss. Sul concetto di big data, si veda, anche, L. FLORIDI, tra cui, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, cit., 15 ss. Per quanto attiene alla nozione di "dato", si veda, la definizione dell'Enciclopedia Treccani dove il *dato* è descritto come: «la rappresentazione di un'informazione realizzata nell'ambito di un linguaggio formalizzato e non ambiguo, spesso mediante simboli numerici o alfabetici, ma sempre in una forma tale

che, lungi dal riprodurre fedelmente la realtà circostante, ne rifletterebbe soltanto una parte: quella che "vede" o gli è "fatta vedere" dalla persona.

Alla lettura che vorrebbe il dato e la macchina neutrali, dovrebbe cioè sostituirsene una che ne enfatizzi il legame con l'azione soggettiva della persona: più stretto è il legame tra la persona, il dato e la macchina, tanto più il pregiudizio umano si riverbera sul dato e sulla macchina. La dimensione "terrena" del dato è ciò che lo rende, quindi, potenzialmente lacunoso, parziale, non plurale.

Che il dato sia incapace di riprodurre la eterogeneità della società "degli uomini" non dovrebbe sorprendere alla luce della sua natura probabilistica, che dovrebbe guidare la sua *interpretazione* e non la sua *sostituzione* alla persona. Il problema nasce, invece, da una lettura assolutista, che disancora il dato dalla sfera della probabilità per elevarlo a fattore di verità.

Se è vero che il dato nasce dalla persona, ma poi è impiegato quale elemento obiettivo su cui operare differenziazioni presuntivamente imparziali, si rescinde quel collegamento, che esiste tra la persona, il dato e i suoi effetti, che è centrale per la ricostruzione dei meccanismi di funzionamento delle tecniche di intelligenza artificiale, del loro eventuale carattere discriminatorio, dell'accertamento di responsabilità, individuali e collettive.

Le interferenze tra la persona e la macchina non mutano quindi le cause, tutte umane, della nuova discriminazione.

Non solo. A monte della condotta umana, si inserisce un elemento ulteriore, quello culturale che colora e influenza tanto la condotta umana, prima, quanto il dato, poi[27]. Il riferimento alla cultura, che non è esterna ma interna al dato così come lo è rispetto alla persona, avvicina l'elaborazione teorica sulle cause della discriminazione legata all'intelligenza artificiale al ben più arato dibattito su quelle della discriminazione

da poter essere trattata con una metodologia di elaborazione; con un uso più specifico, al plurale, dati (o all'inglese data), l'insieme delle informazioni necessarie a, o prodotte da, una elaborazione automatica, rappresentate in una forma e mediante un supporto conveniente all'elaborazione stessa».

[27] Sulla connessione tra dato informatico e cultura, L. GITELMAN, *"Raw Data" Is an Oxymoron*, Cambridge, 2013.

"classica" [28], interpretata alternativamente quale esito di un conflitto tra gruppi sociali[29] oppure quale prodotto di stereotipi e pregiudizi[30], in particolare, di tipo «collettivo»[31].

Stesse cause, quindi, ma diversa fenomenologia.

Le ragioni. In estrema sintesi, esse risiedono nel funzionamento delle tecniche di intelligenza artificiale che, pure nella loro eterogeneità, presentano alcuni momenti dai quali possono scaturire effetti discriminatori.

La descrizione e la scansione temporale dei passaggi che presiedono alla programmazione delle tecniche di IA diviene allora particolarmente importante, perché in grado di rivelare i momenti in cui si insinua il rischio dell'ingresso di un fattore potenzialmente causa del funzionamento discriminatorio della macchina (c.d. tempo del *bias*).

La letteratura[32]più recente ne individua cinque: la individuazione e selezione delle "*target variables*" e delle "*class labels*"; la raccolta e la selezione dei dati (*data training*); la selezione della caratteristica inserita nel modello ("*feature selection*"); la scelta del "*proxy*"; la discriminazione intenzionale, cioè consapevolmente posta in essere dal programmatore, che discenda da una volontaria e parziale selezione di dati che si riverbera negativamente ai danni di una o più classi protette ("*masking*").

Con riferimento al primo, il rischio di distorsioni discriminatorie risiede anzitutto nella individuazione e nelle relazioni istituite tra la "*target variable*", la caratteristica che il sistema ricerca, e la "*class label*", cioè la categoria che le viene associata. Le tecniche di IA funzionano sulla base di associazioni tra questi due parametri: al ricorrere dell'uno,

---

[28] Nella prospettiva del diritto costituzionale e del diritto internazionale dei diritti umani, le Costituzioni nazionali e i trattati non contengono una definizione di "discriminazione", limitandosi a sancirne il divieto, richiamando elenchi più o meno ampi di elementi in base ai quali non può darsi ingresso a disparità di trattamento. Soccorre, come noto, la giurisprudenza e, sicuramente a partire dagli anni 2000, il diritto antidiscriminatorio dell'Unione Europea che ha occupato un posto di primo piano per quanto attiene alla elaborazione e alla previsione di norme di diritto positivo contenenti alcuni concetti definitori quanto alle tipologie di fattispecie discriminatorie. In dottrina, K. LIPPERT RASMUSSEN (a cura di), *The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination*, New York, 2018. Sulle caratteristiche del diritto antidiscriminatorio forgiato in seno all'Unione Europea, si rinvia, tra i molti, a M. BELL, *Anti-Discrimination and the European Union*, Oxford, 2002; C. MCCRUDDEN, *Anti-Discrimination Law*, Dartmouth, 2004; D. SCHIEK, V. CHEGE, *European Union Non-Discrimination Law. Comparative perspectives on multidimensional equality*, Londra, 2009. Nell'ambito della dottrina italiana, si vedano i contributi pubblicati in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007.

[29] Esponente delle teorie sul conflitto («conflict power theories») è, anzitutto, D.L. HOROWITZ, al cui *Ethnic groups in conflict*, Oakland, 1985, si rinvia diffusamente. In tema, anche, M.N. MARGER, *Race and Ethnic Relations. American and Global Perspectives*, Boston, 2009; e, soprattutto, A.D. SMITH, *The Ethnic Revival*, Cambridge, 1981 e, dello stesso A., anche, *The Ethnic Origins of Nations*, Oxford, 1988.

[30] In tema, si precisa che in letteratura non si riscontrano tesi uniformi quanto alle relazioni tra il pregiudizio e gli stereotipi, da un lato, e la discriminazione, dall'altro. Secondo le elaborazioni dottrinali sviluppatesi in seno agli studi di psicologia, sarebbe il pregiudizio ad essere causa di discriminazione. In dottrina, si vedano, tra i molti, A.W. GORDON, *The Nature of Prejudice*, New York, 1958; G.E. SIMPSON, J.M. YINGER, *Racial and Cultural Minorities*, New York, 1985; J. DUCKITT, *The Social Psychology of Prejudice*, New York, 1992. Viceversa, le tesi diffuse tra gli studiosi di sociologia invertono il rapporto interpretando il pregiudizio quale prodotto di relazioni gerarchiche tra gruppi sociali che consolida relazioni di potere.

[31] Il riferimento è N. BOBBIO, in *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, Milano, 2010.

[32] Il riferimento è a S. BAROCAS, A.D. SELBST, *Big data disparate impact*, in *California Law Review*, 2016, 671 ss., ripresi da F.Z. BURGESIUS, *Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making*, Council of Europe Publications, 2018, in particolare, 10 ss. In tema, anche, P. ZUDDAS, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, cit.

la *target variable*, la tecnica di IA vi associa una determinata categoria, la *class label*, operando una scelta.

Il problema delle associazioni istituite dall'algoritmo[33] nasce in presenza di caratteristiche difficilmente inquadrabili entro uno schema binario, che consenta alla macchina di scegliere tra due alternative. Il tema riguarda tutte le ipotesi, in cui si chiede di individuare e selezionare caratteristiche da collegare in via automatica a categorie di difficile definizione. Si pensi alla categoria del "creditore affidabile"[34] o del "buon lavoratore": in questi casi, il processo di selezione delle *target variables* e, quindi, dei parametri predittivi dell'appartenenza alla categoria è complesso e largamente discrezionale, trattandosi di classi di nuova creazione che poggiano su concetti non binari[35].

La circostanza che le scelte siano compiute nella fase di elaborazione del modello evidenzia il rischio che esse celino scelte irragionevoli e discriminatorie, provocando effetti deteriori ai danni delle classi protette[36]. La discriminazione, in definitiva, può derivare dalla individuazione della caratteristica, della categoria, oppure di entrambe, cui si aggiungono criticità connesse a classificazioni fallaci, cioè erronee associazioni tra le caratteristiche selezionate e le classi di appartenenza, che riproducono lo schema falso positivo / falso negativo[37].

Il secondo meccanismo è costituito dal *training* dei dati, che assolve ad una funzione centrale nel funzionamento della macchina: in tanto i dati sono parziali o frutto di pregiudizi, in tanto il modello ne rifletterà la parzialità agendo in modo discriminatorio secondo la regola del «*garbage in, garbage out*»[38].

Le criticità di questa fase possono ricondursi a due situazioni. La prima si verifica in presenza di dati non egualmente rappresentativi delle componenti individuali e collettive della società: la macchina funzionerà a partire da una erronea rappresentazione della realtà, riproducendo schemi che produrranno effetti proporzionalmente deteriori ai danni della categoria sotto oppure sovra-rappresentata. Il riferimento è ai rischi connessi alla marginalizzazione sofferta da alcuni gruppi, che non hanno accesso o non

---

[33] In letteratura e sul concetto di algoritmo, si rinvia a T. GILLESPIE, *Algorithm*, in B. PETERS (a cura di), *Digital Keywords: A Vocabulary of Information Society and Culture*, Princeton, 2016.

[34] Un esempio è offerto dal sistema australiano di calcolo dei pagamenti in eccesso e disporre l'emissione di avvisi di debito, *Robodebt*, cui ha fatto seguito uno scandalo che ha investito l'intera opinione pubblica per gli effetti discriminatori derivanti dall'algoritmo, tanto da essersi posto alla base di una *class action*. Per un approfondimento, *Robodebt: government admits it will be forced to refund $550m under botched scheme*, *The Guardian*, https://www.theguardian.com/australia-news/2020/mar/27/robodebt-government-admits-it-will-be-forced-to-refund-550m-under-botched-scheme.

[35] Per fare un esempio di concetti binari che rendono, viceversa, funzionale e meno pericoloso l'operato della macchina, si veda il concetti di spam, rispetto ai quali è più agevole per il programmatore la selezione dei parametri in base ai quali classificare una mail come spam rispetto ad una che, invece, non lo è. Gli esempi sono di S. BAROCAS, A.D. SELBST, *Big data disparate impact*, cit., 677 ss.

[36] Così S. BAROCAS, A.D. SELBST, *Big data disparate impact*, cit., 680.

[37] *Ibidem*. Secondo T.B. GILLIS, J.T. SPIESS a complicare ulteriormente il quadro si inseriscono anche le difficoltà legate alla comprensione del ruolo assolto dalle *target variables* nel processo decisionale della macchina, così *Big data and discrimination*, in *The University of Chicago Law Review*, 2019, 475.

[38] In tema, G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, 2019, cit., 214. In tema, anche, A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., 84 ss.

frequentano il *web* e che la dimensione virtuale non conosce, considerandoli inesistenti[39]. Poiché non sempre i dati sono raccolti e selezionati in modo eguale, esistono delle zone grigie dove alcuni gruppi o comunità intere sono, alternativamente, eccessivamente rappresentanti oppure, al contrario, sotto-rappresentati[40]. Il problema si esacerba nel momento in cui il potere pubblico decide di subordinare le proprie scelte a tali dati, traslando una marginalizzazione apparente e solo astratta, poiché virtuale, in una concreta, che si risolve spesso in un aggravamento di condizioni di svantaggio già esistenti. La seconda riguarda, invece, le ipotesi in cui la macchina estende, replicandolo nei confronti di casi "altri", il modello viziato dal pregiudizio originario. Si segnala, peraltro, che può anche accadere che la macchina, oltre al pregiudizio iniziale, ve ne affianchi ulteriori, utilizzando i comportamenti degli utenti quali parametri per l'estrazione dei dati[41]. In definitiva, tutto viene a dipendere dalla qualità dei dati[42]: meno sono accurati, maggiori saranno i rischi che la macchina distingua in modo discriminatorio.

Il terzo meccanismo è la *feature selection*, cioè la selezione delle caratteristiche individuali rilevanti per la costruzione del modello. Anche in questo caso, una delimitazione parziale che ometta di considerare tutti i profili oppure ne accentua taluni a discapito di altri, si traduce nel funzionamento potenzialmente discriminatorio della macchina.

Un ruolo fondamentale nella distinzione discriminatoria è assolto dal *proxy*, l'elemento, cioè, in base al quale la macchina differenzia e che costituisce il quarto meccanismo, secondo lo schema di cui sopra. La scelta del *proxy*, che per ovvie ragioni di rispetto del principio di non discriminazione non dovrebbe ricadere su fattori di discriminazione classici, talvolta ne risulta ugualmente predittivo, ridondando il funzionamento della macchina in una discriminazione ai danni degli appartenenti ad una categoria protetta. Accade, infatti, che tanto più la scelta del *proxy* investe caratteri che accomunano i membri di una categoria protetta, tanto maggiori saranno le probabilità che la macchina, distinguendo in base a quel *proxy*, farà oggetto coloro che appartengono a quel gruppo di un trattamento discriminatorio.

---

[39] Approfondisce questo aspetto, J. LERMAN, *Big Data and Its Exclusions*, in *Stanford Law Review Online*, 2013, che avverte delle criticità che conseguono alla subordinazione di scelte di politica pubblica ed economiche a dati raccolti sulla base di un campione di riferimento che non tiene conto di coloro che vivono ai margini della società, perché individui che non producono dati, perché non possiedono uno *smartphone* oppure non utilizzano assiduamente i *social networks*, non dando ingresso alle proprie preferenze tramite canali che divengono privilegiati perché appannaggio solo di alcuni.

[40] Così, K. CRAWFORD, *Think Again: Big Data*, 2013: http://www.foreignpolicy.com/articles/2013/05/09/think_again_big_data.

[41] Si pensi agli annunci pubblicitari di Google (*ads*), che uno studio ha dimostrato accostare nomi propri, più frequentemente impiegati dalla popolazione afro-americana rispetto a quella bianca, a precedenti oppure fedine penali. Lo studio ha rivelato che il nome proprio veniva impiegato dall'algoritmo quale criterio predittivo dell'appartenenza alla razza e collegava al nome proprio, e quindi alla presunta razza di appartenenza, l'altrettanto presunto riferimento ad un precedente penale (ad esempio, un arresto). La ricerca risale al 2013 ed è pubblicata nello studio condotto da L. SWEENEY, *Discrimination in Online Ad Delivery*: *Google ads, black names and white names, racial discrimination, and click advertising*, in *Communicaion of the Acm*, 2013, 44 ss.

[42] Insistono su questo aspetto S. BAROCAS, A.D. SELBST, *Big data disparate impact*, cit., 687.

Oltre le specificità di ciascun meccanismo, vi sono due elementi, su cui si tornerà, che li accomunano tutti e che integrano aspetti specifici della *AI-derived discrimination*: da un lato, il fattore oggettivo della imperfezione dell'informazione, cioè del dato, che tradizionalmente si pone alla base della discriminazione statistica cui può ricondursi quella legata alle tecniche di IA[43]; dall'altro, un aspetto di natura soggettiva, il pregiudizio implicito[44], che costituisce uno degli aspetti più ricorrenti e pericolosi della fenomenologia discriminatoria in esame, tanto da aver indotto alcuna dottrina a ricondurre a quest'ultimo, più che a scelte umane consapevoli, la genesi della discriminazione "artificiale"[45].

Quinta e ultima modalità con cui le tecniche di intelligenza artificiale discriminano, la più intuitiva e meno problematica in punto di accertamento, si verifica in presenza della programmazione intenzionalmente discriminatoria del modello: il "*masking*"[46].

Infine, due fenomeni ulteriori possono rendere o aggravare il funzionamento discriminatorio delle tecniche di intelligenza artificiale: l'aggiornamento dei dati, richiesto dal progresso scientifico sopravvenuto, e, aspetto patologico, il loro inquinamento più o meno volontario da parte dell'intervento umano (c.d. *data poisoning*).

3. *Sulla possibile o auspicabile trasposizione delle categorie del diritto anti-discriminatorio*

L'analisi che precede ha dimostrato l'esistenza di peculiarità che paiono separare la discriminazione "artificiale" dalla fisionomia classica del fenomeno discriminatorio.

Si tratta ora di appurare se le categorie del diritto antidiscriminatorio classico possano essere utilmente impiegate anche in relazione alla discriminazione "algoritmica" oppure[47], in quale misura e con quali modalità, quest'ultima devia rispetto alle prime[48].

---

[43] In dottrina, si rinvia a L.J. STRAHILEVITZ, *Privacy versus Antidiscrimination*, in *Chiacago Law Review*, 2008, 363 ss.; K. LIPPERT-RASMUSSEN, *Statistical (And Non-Statistical) Discrimination*, in *The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination*, 2017, 42 ss.

[44] In tema, per un approfondimento sul concetto di *bias* implicito, si rinvia a C. JOLLS, C.R. SUNSTEIN, *The Law of Implicit Bias*, in *California Law Review*, 2006, 969 ss.; in tema, e con specifico riferimento al caso della discriminazione algoritmica, si vedano N. SCHMID, B. STEPHENS, *An Introduction to Artificial Intelligence and Solutions to the Problems of Algorithmic Discrimination*, in *ArXiv*, 2019, 130 ss.

[45] Si veda, così, A. CHANDER, *The Racist Algorithm?*, in *Michigan Law Review*, 2017, in particolare, 1207-1208.

[46] In dottrina, su questa forma di discriminazione intenzionale, F.Z. BURGESIUS, *Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making*, 13 ss.; J.A. KROLL e altri, *Accountable algorithms*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2016, 633 ss.

[47] La letteratura recente sembra incline a sostenere l'inadeguatezza degli strumenti del diritto anti-discriminatorio classico a fronteggiare disparità di trattamento legate alle tecniche di intelligenza artificiale. Così, T.B. GILLIS, J.T. SPIESS, *Big data and discrimination*, in *The University of Chicago Law Review*, 2019, 458 ss.; S. BAROCAS, A.D. SELBST, *Big data disparate impact*, cit.; C. O'NEIL, *Wapons of math destruction: how big data can increase inequality and threat democracy*, London, 2017.

[48] Una diversa metodologia di analisi è, invece, quella che, emancipandosi dal diritto anti-discriminatorio, guarda alla discriminazione "algoritmica" da tre angolazioni: la prima che investe il i*nput* della decisione, ossia l'elemento sul quale fa perno la scelta di differenziare; la seconda che interessa il processo decisionale che conduce alla disparità di trattamento; la terza che guarda, infine, alla disparità del risultato. Si tratta della proposta su cui insistono T.B. GILLIS, J.T. SPIESS, *Big data and discrimination*, in *The University of Chicago Law Review*, cit.

3.1. *La discriminazione diretta: quando le tecniche di intelligenza artificiale distinguono ("male")*

La prima prospettiva di indagine investe la nozione di discriminazione diretta.

Una lettura che accosti la discriminazione "artificiale" alla teoria della discriminazione diretta (*disparate treatment*) ne mette subito in evidenza alcune deviazioni, che si traducono in altrettante criticità connesse all'impiego della categoria in esame per qualificare e sanzionare come tale la discriminazione algoritmica.

Oltre l'ipotesi del *masking*, di cui si è detto, e dei casi relativi alla costruzione di modelli intenzionalmente preordinati a produrre effetti discriminatori, ad esempio poiché implementati in contesti di razzismo istituzionale[49], la teoria della discriminazione diretta pare male si attagli alla tipologia discriminatoria in esame per alcune ragioni.

La prima. La selezione delle *target variables* e delle *class labels*, nonché le associazioni tra le prime e le seconde che costituiscono come detto uno dei meccanismi in cui si annida il rischio che le tecniche di IA producano un effetto di tipo discriminatorio, difficilmente si fondano esplicitamente su fattori di discriminazione che richiamano in modo diretto classi protette. Più spesso, si tratta di elementi che solo indirettamente risultano predittivi dell'appartenenza individuale alla categoria protetta, come richiede la teoria del *disparate treatment* che, come noto, presuppone che la qualità individuale su cui ricade la distinzione sia *prima facie* riconducibile ad uno dei fattori di discriminazione vietati.

Una secondo elemento di deviazione si scorge con riferimento alla scelta del *proxy* e per ragioni in tutto speculari. L'elemento prescelto può non apparire immediatamente indicativo dell'appartenenza individuale ad un gruppo protetto e, laddove non vi sia una disparità di trattamento che direttamente si fondi sul fattore di discriminazione vietato, quella distinzione non sarà inquadrata nella prospettiva della discriminazione diretta e sanzionata in quanto tale.

Il problema che accomuna queste prime due criticità o deviazioni dal modello classico della discriminazione diretta investe, quindi, il rapporto solo mediato e non diretto che si instaura tra la qualità individuale assunta a *ratio* della distinzione ed uno o più dei fattori che il diritto anti-discriminatorio vieta possano assurgere a motivo di disparità di trattamento.

La discriminazione algoritmica ha così, da un lato, concorso a mettere in luce l'eterogeneità e l'elevato numero di elementi che possono fungere da indici di appartenenza individuale, che ben potrebbe costituire un ausilio nel rendere più pervasiva ed efficace la tutela anti-discriminatoria; dall'altro, però, trattandosi di qualità "altre" rispetto a quelle coperte dai fattori di discriminazione tradizionali, esse non sono interpretate dal diritto anti-discriminatorio quali criteri sintomatici di una discriminazione, sfuggendo pertanto ai sistemi di repressione legislativamente vigenti.

[49] In dottrina, M.R. GOMEZ, *The Next Generation of Disparate Treatment: A Merger of Law and Social Science*, in *The Review of Litigation*, 2013, 553 ss.

Potrebbe così sostenersi che un modo alternativo per stabilire quando una distinzione algoritmica sia ragionevole o meno, per superare le difficoltà appena descritte, sarebbe affermare che una disparità di trattamento non è discriminatoria soltanto qualora non sia possibile stabilire dagli effetti del funzionamento della tecnica di intelligenza artificiale se il soggetto colpito dalla decisione appartenga o meno ad un gruppo protetto[50].

Anche a voler superare le due criticità sopra menzionate ipotizzando un allargamento delle qualità sintomatiche della disparità di trattamento vietata, facendo perno, ad esempio, sul concetto di discriminazione per associazione[51], vi è però una terza criticità che rende difficilmente qualificabile come diretta in senso classico la discriminazione algoritmica. Ci si riferisce al difetto di intenzionalità che spesso accompagna la condotta dell'agente a cui si affiancano le difficoltà connesse alla individuazione dell'atto a cui imputare l'effetto discriminatorio. La prova della intenzionalità richiede, infatti, di stabilire anzitutto *quale* sia la condotta dalla quale dipende l'effetto discriminatorio secondo un nesso di causa / effetto diretto e, quindi, ricercare in quale dei passaggi che presiedono alla programmazione del modello si innesta l'atto censurabile. Entrambi questi passaggi si dimostrano particolarmente complessi nel caso della discriminazione legata al funzionamento delle tecniche di intelligenza artificiale.

Potrebbe, inoltre, accadere, che, a fronte della possibilità di istituire un collegamento causale tra atto ed effetto discriminatorio in relazione ad un elemento ritenuto pianamente predittivo dell'appartenenza ad un gruppo protetto, la intenzionalità dell'agente sia solo apparente. Il caso è quello del *bias* implicito[52], ossia del pregiudizio sconosciuto all'agente, che tuttavia vi conforma la propria condotta in modo del tutto inconsapevole. In questi casi, analogamente, non potrà ritenersi provata la ricorrenza della discriminazione diretta, difettando il *discriminatory intent*.

Si inseriscono in questo quadro anche le ipotesi, contigue, caratterizzate da una frattura più o meno importante tra intenzionalità, consapevolezza e conoscenza, che la dottrina qualifica come *unconscious disparate treatment*.

[50] Così J.A. KROLL e altri, *Accountable algorithms*, cit., che precisano: «[a] different way to define whether a classification is fair is to say that we cannot tell from the outcome whether the subject was a member of a protected group or not. That is, if an individual's outcome does not allow us to predict that individual's attributes any better than we could by guessing them with no information, we can say that outcome was assigned fairly», 690.

[51] Su cui si veda, *infra*.

[52] Il tema è stato approfondito in modo particolare dalla dottrina statunitense. Così C. JOLLS, C.R. SUNSTEIN, *The Law of Implicit Bias*, in *California Law Review*, 2006, 969 ss.

3.2. *A cavallo tra discriminazione diretta e indiretta: l'*unconscious disparate treatment

Come premesso, la discriminazione derivante dal ricorso all'intelligenza artificiale presenta alcune tipicità, che difficilmente la rendono inquadrabile entro la teoria della discriminazione diretta[53].

L'intenzionalità, quale elemento imprescindibile della discriminazione diretta legato alla dimensione soggettiva e che vuole l'agente consapevole del proprio intento discriminatorio, assume contorni peculiari nella discriminazione algoritmica che rende sfumata la distinzione tra la nozione di discriminazione diretta e quella indiretta[54].

Una delle criticità principali del fenomeno discriminatorio legato all'intelligenza artificiale è costituita, infatti, dallo spazio che occupa il pregiudizio implicito nella fase di costruzione del modello, oltre che, eventualmente, in quelle successive connesse all'aggiornamento dei dati. Il funzionamento in senso discriminatorio della macchina può, infatti, derivare dall'influenza che il pregiudizio, di cui il soggetto agente può anche essere inconsapevole[55], esercita nei tanti momenti in cui si snoda il processo di differenziazione operato dalla macchina.

Nella prospettiva di un inquadramento del fenomeno entro le categorie del diritto anti-discriminatorio, la difficoltà principale deriva dalla circostanza che, anche se dal punto di vista oggettivo la disparità di trattamento presenta i caratteri della discriminazione diretta perché si basa espressamente su un fattore di discriminazione oppure su un elemento comunque predittivo dell'appartenenza individuale alla categoria protetta, difetta quello soggettivo della intenzionalità della condotta, cioè dalla volontà di discriminare imputabile all'agente.

Tanto più il pregiudizio sarà implicito, tanto più la disparità di trattamento non potrà inquadrarsi entro la categoria dogmatica della discriminazione diretta. "Tanto più", poichè l'inconsapevolezza rilevante ai fini della disapplicazione della teoria del *disparate treatment* può assumere gradi o livelli diversi, potendosi distinguere il caso della inconsapevolezza, che è anche ignoranza intesa come difetto di conoscenza del *bias* da parte dell'agente, da quello della inconsapevolezza che è, però, conoscenza. Ci si riferisce all'ipotesi dell'impiego di un modello costruito in modo discriminatorio da parte di un soggetto che non ha concorso alla sua programmazione e che, pur tuttavia, ne fa uso nonostante sia a conoscenza degli effetti discriminatori che ne derivano[56].

---

[53] In questo senso, anche, S. BAROCAS, A.D. SELBST, *Big data disparate impact*, cit., in particolare 701.

[54] Su cui, *infra*.

[55] Sulla nozione di pregiudizio implicito L.S. RICHARDSON, P.A. GOFF, *Implicit Racial Bias in Public Defender Triage*, in *Yale Law Journal*, 2013, 2626 ss., richiamati da A. CHANDER, *The Racist Algorithm?*, cit., 1028.

[56] Sullo sfondo dei rapporti su cui fa perno il diritto anti-discriminatorio classico nel descrivere e presupporre, quale elemento costitutivo della discriminazione diretta, il concetto di intenzionalità e la sua differenza con quello di conoscenza o conoscibilità, si scorgono strette connessioni con la nozione di colpevolezza, intesa come «valutazione del legame psicologico o, comunque, del rapporto di appartenenza tra 'fatto' e 'autore'; nonché la valutazione delle circostanze di carattere personale che incidono sulle capacità di autodeterminazione del soggetto», cit., 192, così G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014. Ancora, più diffusamente, quanto alla distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente la cui elaborazione teorica nell'ambito degli studi penalistici assolve rilievo significativo anche

L'*unconscious disparate treament*, quale categoria dogmatica a sé stante, si caratterizza quindi per: l'assenza di intento discriminatorio dell'agente, che non lo vorrebbe ma discrimina; la ricorrenza di un pregiudizio implicito che "infetta"[57] la costruzione del modello rendendone discriminatorio funzionamento ed effetti; la sussistenza di tutti gli altri elementi che qualificano la disparità di trattamento come discriminazione diretta.

Date queste premesse, si profilano due questioni.

La prima riguarda come distinguere, dal punto di vista dell'accertamento della responsabilità individuale, il caso di colui che, affetto da un pregiudizio implicito, vi conforma un modello, da quello di chi invece si "limita" ad utilizzare un sistema di intelligenza artificiale che sa essere viziato da un *bias* non riconducibile però ad una sua azione diretta e che non intende volontariamente discriminare. Seguendo la teoria della discriminazione diretta, la prima condotta andrebbe esente da sanzione, ma anche la seconda poichè, si ritiene, il *disparate treatment* poggia sulla distinzione tra intenzionalità e mera conoscenza[58], nel senso che solo la seconda, non anche la prima, è sufficiente ad integrare gli estremi della discriminazione diretta.

Si potrebbe, quindi, ipotizzare di trasferire lo scrutinio dalla sussistenza dell'elemento soggettivo, legato alla condotta dell'agente, all'effetto discriminatorio. L'attenzione all'effetto è, però, caratteristica tipica della nozione di discriminazione indiretta con la conseguenza che, a voler abbracciare simile impostazione, si uscirebbe dal seminato della teoria del *disparate treatment*. Allo stesso tempo, la fenomenologia discriminatoria in esame non presenta il carattere tipico della discriminazione indiretta, cioè l'apparente neutralità della regola o, in questo caso, del modello, rendendo quindi di difficile inquadramento la discriminazione in esame che si allontana da entrambe le ricostruzioni teoriche del *disparate treatment* e del *disparate impact*. Non a caso, la letteratura si è espressa nel senso che l'*unconscious disparate treatment* costituisca una tipologia di discriminazione autonoma, da collocare a cavallo tra la discriminazione diretta e quella indiretta[59].

Un secondo aspetto, che vorrebbe superare la problematica appena illustrata per restare nel recinto della discriminazione diretta, attiene alla possibilità di attribuire alla macchina più che al soggetto agente l'intento discriminatorio. E, tuttavia, anche tale opzione pare difficilmente spendibile. La discriminazione diretta poggia, infatti, su una ricostruzione che interpreta l'intenzionalità come prodotto per definizione umano e, in quanto tale, non imputabile alla macchina[60]. In quanto alla macchina non può attribuirsi alcuna volontà soggettiva intenzionalmente preordinata a discriminare, cioè a distinguere

nel contesto più specifico della sanzionabilità della condotta violativa del principio di eguaglianza e di non discriminazione, si vedano gli stessi AA., 313 e ss.

[57] Si vuole richiamare il linguaggio, particolarmente evocativo, *infected*, utilizzato da *Justice* R. BADER GINSBURG in alcune delle sue *opinions* in materia di non discriminazione. Tra tutte, Corte Suprema, *Ledbetter v. Goodyear Tyre & Rubber Co., INC.*, 550 US 618 (2007), 29 maggio 2007.

[58] Così S. BAROCAS, A.D. SELBST, *Big data disparate impact*, cit., 700, che analizzano il tema dalla prospettiva delle discriminazioni che l'impiego delle tecniche di intelligenza artificiale possono produrre nel contesto lavorativo.

[59] S. BAROCAS, A.D. SELBST, *Big data disparate impact*, cit.

[60] *Ibidem.*

"male", in tanto la fattispecie discriminatoria in esame non potrà essere censurata quale discriminazione diretta.

Piuttosto, sarebbe interessante sollecitare le Corti, nazionali e sovranazionali, a riconoscere nel pregiudizio, specie in quello implicito, l'elemento al quale ancorare la genesi della discriminazione e la sua censura[61], soprattutto alla luce di studi[62] che dimostrano la diffusione e il peso ben più importante del *bias* implicito, inconscio, rispetto a quello di cui l'agente è consapevole conformandovi il proprio *agere* sociale.

3.3. *La discriminazione indiretta: dove risiede la (non) neutralità?*

Per fronteggiare disparità di trattamento non intenzionali ovvero almeno apparentemente non intenzionali, il diritto anti-discriminatorio ha introdotto la nozione di discriminazione indiretta[63].

Come il concetto di discriminazione indiretta reagisce al cospetto dell'evoluzione tecnologica è interrogativo particolarmente opportuno a fronte delle descritte difficoltà nel qualificare e sanzionare la seconda quale discriminazione diretta.

Il trasferimento del sindacato dalla volontà / intenzionalità che sorregge l'azione del soggetto agente all'effetto discriminatorio sembrerebbe ad un primo sguardo una strategia funzionale a contenere le criticità che si snodano intorno alla complessa ricostruzione del nesso causale tra condotta ed evento, ma, soprattutto, alla prova della sussistenza dell'intento discriminatorio addebitabile all'agente a motivo dell'intermediazione della macchina.

Il tema è allora se, di fronte ad una fenomenologia discriminatoria che non integra gli estremi della discriminazione diretta, essa possa viceversa ricondursi alla nozione di *disparate impact*.

La risposta, anche in questo caso, si rivela problematica.

---

[61] Qualche spunto è offerto, anzitutto, da un caso, *Texas Department Of Housing And Community Affairs et Al. v. Inclusive Communities Project, Inc., et Al*., deciso dalla Corte Suprema degli Stati Uniti che, nel 2015, ha riconosciuto che il pregiudizio implicito può porsi alla base di una discriminazione, in cui la Corte Suprema rilevava che: «[r]ecognition of disparate-impact liability under the FHA plays an important role in uncovering discriminatory intent: it permits plaintiffs to counteract unconscious prejudices and disguised animus that escape easy classification as disparate treatment». In senso analogo, anche il Comitato europeo dei diritti sociali, CEDS, *International Centre for the Legal Protection of Human Rights (INTERIGHTS) v. Croazia*, decisione nel merito, n. 45/2007, 10 agosto 2009, § 48; e la Corte europea dei diritti dell'uomo *Abdu c. Bulgaria*, n. 26827/08, 11 marzo 2014.

[62] In tema, con riferimento al pregiudizio implicito di tipo razziale, J. KANG, *Trojan Horses of Race*, in *Harvard Law Review*, 2005, 1489 ss., che, a sua volta, richiama C.R. LAWRENCE III, *The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism*, in *Stanford Law Review*, 1987, 317 ss.

[63] La letteratura più attenta rileva che non vi è unanimità quanto alla *ratio* sottesa alla teoria del *disparate impact*. Se, cioè, essa sia preordinata a fronteggiare unicamente casi in cui l'intento discriminatorio è difficile da dimostrare oppure anche quelli in cui l'intenzionalità è del tutto assente. Il tema è se l'indifferenza nei confronti della dimensione soggettiva per occuparsi dei soli effetti che derivano dalla condotta debba essere ritenuto (implicitamente) sinonimo di assenza, sempre, di intenzionalità, oppure solo espressivo di una volontà legislativa che mira a sanzionare effetti discriminatori quando non si possa conoscere le ragioni che hanno influenzato il soggetto agente. In questo senso, T.B. GILLIS, J.T. SPIESS, *Big data and discrimination*, in *The University of Chicago Law Review*, 2019, 459.

Una prima ragione risiede nella circostanza che la discriminazione derivante dal ricorso all'intelligenza artificiale scaturisce spesso da differenze che poggiano, sebbene non esplicitamente su fattori di discriminazione classici, su elementi tuttavia predittivi dell'appartenenza a categorie protette così da rendere non pienamente integrato il primo elemento costitutivo della discriminazione indiretta che la vuole conseguenza di una norma apparentemente neutra. È vero che, anche nel caso della discriminazione indiretta l'elemento di distinzione, *facially neutral*, risulta ciò nondimeno predittivo dell'appartenenza alla categoria protetta. E, tuttavia, se si accede alla ricostruzione che ritiene sussistere la discriminazione indiretta nelle sole ipotesi in cui l'intento discriminatorio non è difficile da dimostrare, ma è del tutto assente (al netto dei casi di *implicit bias*)[64], la correlazione tra fattore di discriminazione ed elemento impiegato per differenziare, nel senso che il secondo viene utilmente impiegato per escludere chi appartenga alla categoria protetta, determinerà l'impossibilità di qualificare la fattispecie quale discriminazione indiretta.

Un secondo aspetto riguarda, poi, la costruzione del modello.

La discriminazione indiretta si definisce tale sulla base del pregiudizio proporzionalmente peggiore sofferto da una categoria rispetto ad un'altra valutabile in base ai soli effetti della condotta. Nel contesto della discriminazione algoritmica, il problema è che il modello spesso non costituisce una rappresentazione adeguata della realtà, di cui omette di riprodurre fedelmente i rapporti, cioè le proporzioni tra categorie nelle loro effettive consistenze. Ciò comporta che all'interno dei *data-sets* vi siano categorie sotto-rappresentate oppure sovra-rappresentate. In entrambi i casi, la non neutralità che connota i dati su cui si fonda il funzionamento della macchina rende difficile provare la ricorrenza di una discriminazione indiretta in termini di valutazione comparativa degli effetti, perché il paramento di riferimento – cioè il *data-set* – non è in grado di riprodurre la eterogeneità fenomenica esterna alla macchina, cioè quella reale. Dimostrare il *disparate impact* diventa, quindi, difficoltoso non potendo un ipotetico ricorrente utilizzare dati statistici, perché questi ultimi si fonderebbero sulla dimensione "umana" reale e non su quella assunta quale parametro di riferimento dalla macchina sulla base dei dati che le sono stati forniti.

Una terza criticità si scorge, infine, in relazione al *tertium comparationis*[65].

Il funzionamento oscuro della macchina oppure l'impossibilità di conoscere o di avere accesso ai dati può, infatti, impedire l'individuazione del *comparator*, ostacolando il giudizio comparativo ai fini della dimostrazione del *disparate impact*. Una soluzione potrebbe riposare sul ricorso alla figura del *tertium comparationis* ipotetico, che si ritiene, però, poco soddisfacente non consentendo, a motivo della intangibilità della

[64] Si tratta della lettura che si ritiene meglio rispondente alla categoria della discriminazione indiretta, che viceversa, si ridurrebbe ad una sorta di discriminazione diretta per associazione priva di una propria autonomia dogmatica.

[65] Su cui si veda E. LUNDBERG, *Automated decision- making vs indirect discrimination. Solution or aggravation?*, in https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1331907/FULLTEXT01.pdf.

discriminazione algoritmica[66], di ovviare al problema della fedele rappresentazione della realtà all'interno dei dati di cui si è detto.

3.4. *Ai confini della discriminazione per associazione: la* "proxy discrimination"

L'eliminazione di un elemento di appartenenza individuale ad una categoria protetta, identificabile in base ad un fattore di discriminazione tradizionale, non è sempre criterio sufficiente per assicurare condotte scevre da effetti di tipo discriminatorio. Detto altrimenti, l'esclusione di riferimenti espliciti alla categoria protetta e, dunque, al fattore di discriminazione, non è garanzia di un funzionamento della macchina conforme al principio di eguaglianza.

Si inserisce in questa fase della trattazione la fattispecie della discriminazione per associazione, che costituisce una forma particolare del fenomeno discriminatorio, a cui deve assegnarsi sicuro rilievo in ragione delle caratteristiche della discriminazione algoritmica[67] che fa di frequente perno su elementi di affiliazione individuale solo indirettamente predittivi, cioè associati o associabili, ai fattori di discriminazione tradizionali.

La discriminazione per associazione o *proxy discrimination*[68] assume quindi una posizione di primo piano nella prospettiva dell'indagine.

Il problema nasce, infatti, dalla presenza nei *data-sets* di "redundant encodings", cioè casi in cui l'appartenenza alla categoria protetta risulta codificata in altri dati, che risultano però associati alla medesima categoria protetta[69]. Si osserva inoltre che, a fronte di sistemi di intelligenza artificiale progressivamente più autonomi, la *proxy discrimination* rappresenta la principale sfida al diritto anti-discriminatorio tradizionale che, viceversa, mira a prevenire e contrastare disparità di trattamento fondate su qualità individuali immediatamente predittive dell'appartenenza a gruppi protetti[70].

La centralità da assegnare alla *proxy discrimination* si motiva in ragione dei meccanismi di associazione (*correlations*) istituiti tra i dati forniti alla macchina e la

---

[66] Sulle peculiarità della intangibilità della discriminazione algoritmica, insistono B. D. MITTELSTADT, P. ALLO, M. TADDEO, S. WACHTER, L. FLORIDI, *The ethics of algorithms: Mapping the debate*, in *Big Data & Society*, 2016, 1 ss.

[67] In questo stesso senso, tra gli altri, S. WATCHER, *Affinity Profiling and Discrimination by Association*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2020.

[68] In letteratura, anche per una spiegazione di come si sviluppano le correlazioni tra variabili all'interno dei *data-sets*, B.A. WILLIAMS, C.F. BROOKS, Y. SHMARGAD, *How Algorithms Discriminate Based on Data They Lack: Challenges, Solutions, and Policy Implications*, in *Journal of Information Policy*, 2018, 78 ss.;, A. DATTA ET AL., *Proxy Discrimination in Data-Driven Systems: Theory and Experiments with Machine Learnt Programs*, 2017, in https://arxiv. org/pdf/1707.08120.pdf.

[69] Così S. BAROCAS, A.D. SELBST, *Big data disparate impact*, cit., 691; F.Z. BURGESIUS, *Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making*, cit., 13.

[70] In questo senso, A.E.R. PRINCE, D. SCHWARCZ, *Proxy discrimination in the age of artificial intelligence and big data*, in *Iowa Law Review*, 2020, 1264, che inoltre insistono sull'opportunità, qui condivisa, di mantenere la fattispecie discriminatoria in esame distinta dalla nozione di discriminazione indiretta. In questo stesso senso, anche, J. GRIMMELMANN, D. WESTREICH, *Incomprehensible Discrimination*, in *California Law Review*, 2017, 164 ss. Nell'ambito della letteratura nazionale, P. ZUDDAS, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, cit., 4 ss.

caratteristica che il sistema ricerca (la *target variable*): maggiore è la mole di dati di cui si "nutre" la macchina, maggiori saranno i *proxies* disponibili per identificare caratteristiche predittive dell'appartenenza alle categorie protette[71].

La *proxy discrimination*, in definitiva, rappresenta la fattispecie, che meglio si attaglia a intercettare i tratti ontologici della *AI-derived discrimination*. Proprio perché le tecniche di intelligenza artificiale funzionano sulla base delle associazioni tra dati, è inevitabile che la macchina selezioni quegli elementi che meglio consentono di raggiungere il risultato desiderato poggiando su fattori che possono risultare, direttamente ovvero indirettamente, predittivi di un'affiliazione ad una categoria protetta[72].

Possono, poi, delinearsi due tipologie di *proxy discrimination*: la *proxy discrimination* intenzionale (o causale), cioè diretta, e quella non-intenzionale, ossia indiretta.

Con *proxy discrimination* intenazionale[73], si suole riferirsi a disparità di trattamento che poggiano su un elemento che, ancorché non riconducibile ad un fattore di discriminazione tradizionale, risulta ciò nonostante predittivo dell'affiliazione dell'individuo alla categoria protetta. Si definisce diretta, perché la disparità di trattamento risulta direttamente e causalmente ancorata ad un elemento sintomatico dell'appartenenza individuale al gruppo protetto e perché l'agente è consapevole della istituenda associazione tra elemento di distinzione e fattore di discriminazione e se ne serve volutamente allo scopo di discriminare[74]. «The proxy – si dice – is a mean to an end»[75]: è lo strumento, cioè, per identificare una classe di persone contraddistinte da un elemento che non rientra nel novero dei fattori di discriminazione tradizionali. Ciò rende la *proxy discrimination* diretta una tipologia particolarmente insidiosa di discriminazione, perché ricorre in tutte le ipotesi in cui la categoria che si vuole colpire non è immediatamente individuabile perché "coperta" da un elemento di affiliazione individuale diverso e fuorviante[76].

La *proxy discrimination* diretta ricorre qualora siano rintracciabili nel *data-set* dei nessi causali tra la caratteristica protetta (e vietata) e uno o più fattori direttamente predittivi della prima. Si tratta di eventualità che, per inciso, sussiste e si ritiene permanga anche nell'ambito di *data-sets* che non contengono riferimenti espliciti a fattori di

---

[71] A.E.R. PRINCE, D. SCHWARCZ, *Proxy discrimination in the age of artificial intelligence and big data*, cit., 1275, che, a loro volta, richiamano S. BAROCAS, A.D. SELBST, *Big data disparate impact*, cit., 695.

[72] Così A.E.R. PRINCE, D. SCHWARCZ, *Proxy discrimination in the age of artificial intelligence and big data*, cit. Gli AA. rilevano che: «AIs use training data to discover on their own what characteristics can be used to predict the target variable. Although this process completely ignores causation, it results in AIs inevitably 'seeking out' proxies for directly predictive characteristics when data on these characteristics is not made available to the AI due to legal prohibitions», cit. 1264 e 175 e ss.

[73] In tema L. ALEXANDER, K. COLE, *Discrimination by Proxy*, in *Constitutional Commentary*, 1997, 453 ss.

[74] Ci si riferisce al fenomeno del *redlining*, forma specifica di *proxy discrimination* che veniva impiegata dagli istituti finanziari statunitensi per evitare di dover servire zone ad alta densità abitativa di afro-americani. Non potendo assumere la razza ad elemento in base al quale discriminare, gli istituti finanziari utilizzavano come *proxy* le aree geografiche, discriminando la minoranza afro-americana pur non facendo esplicitamente riferimento al fattore di discriminazione vietato.

[75] D. HELLMANN, *Two types of discrimination. The familiar and the forgotten*, in *California Law Review*, 1998, 318.

[76] *Ibidem.*

discriminazione vietati, come il genere oppure la razza. Le tecniche di IA sono, infatti, in grado di realizzare, come detto, associazioni suscettibili di produrre effetti discriminatori ai danni di categorie protette anche sulla base dei collegamenti casuali istituiti tra i dati estenti, con la conseguenza che la mera eliminazione di riferimenti espressi ai fattori di discriminazione tradizionali può non essere sufficiente ad assicurare il funzionamento non discriminatorio della macchina[77].

La dottrina ha, inoltre, ulteriormente precisato la tipologia discriminatoria in esame, distinguendo tra la *proxy discrimination* diretta di tipo causale (*causal proxy discrimination*) e la *proxy discrimination* "opaca" (*opaque proxy discrimination*)[78], ricorrendo la prima quando sia rintracciabile un collegamento di tipo causale e diretto tra il *proxy* e la caratteristica protetta[79]; la seconda, laddove l'elemento predittivo dell'appartenenza alla categoria protetta non sia quantificabile oppure risulti di difficile individuazione all'interno del *data-set*[80] .

In entrambi i casi, però, ciò che rileva è la sussistenza di una relazione causale di tipo diretto tra la variabile utilizzata dalla macchina e l'appartenenza alla categoria protetta: in un caso, essa è spiegabile; nell'altro, si appalesa, invece, sfumata perché l'elemento del *data-set* che "aggancia" la categoria protetta non è sempre noto ma se ne rivela tuttavia direttamente predittivo.

Fattispecie discriminatoria ancora diversa è la *proxy discrimination* indiretta, in cui il *proxy* e il fattore di discriminazione non risultano direttamente correlati, nel senso che il primo non è immediatamente – o, almeno, non apparentemente – predittivo del secondo.

Può, cioè, accadere che la macchina istituisca un collegamento tra una variabile e un dato di cui dispone e che l'associazione che ne risulta, nonostante formulata in termini apparentemente neutri, finisca però con l'identificare una categoria protetta sulla base di un elemento, il fattore di discriminazione, non presente nel *data-set*.

---

[77] Sulla inutilità di strategie di regolamentazione che prevedano l'eliminazione dei dati sensibili dai *data-sets* allo scopo di assicurarne il funzionamento non discriminatorio, la dottrina è prevalentemente coesa. Tra i molti, P.T. KIM, *Data-Driven Discrimination at Work*, in *William & Mary Law Review*, 2017, 857 ss.; A.E.R. PRINCE, D. SCHWARCZ, *Proxy discrimination in the age of artificial intelligence and big data*, cit.; S. BAROCAS, A.D. SELBST, *Big data disparate impact*, cit.

[78] Così A.E.R. PRINCE, D. SCHWARCZ, *Proxy discrimination in the age of artificial intelligence and big data*, cit., 1277 ss.; J. GERARDS, *Algorithmic discrimination in Europe: Challenges and Opportunities for EU equality law*, consultabile al link: https://www.europeanfutures.ed.ac.uk/algorithmic-discrimination-in-europe-challenges-and-opportunities-for-eu-equality-law/.

[79] Un esempio classico di *proxy* direttamente e causalmente predittivo dell'appartenenza ad una categoria protetta e, dunque, di un fattore di discriminazione vietato è il codice postale per la sua associazione con la razza e l'etnia.

[80] La proposta ricostruttiva è di A.E.R. PRINCE, D. SCHWARCZ, *Proxy discrimination in the age of artificial intelligence and big data*, cit., 1278, che, come esempio di *proxy discrimination* diretta di tipo "opaco" richiamano le discriminazioni realizzate ai danni delle donne da parte delle compagnie assicurative. Gli Autori illustrano l'esempio come di seguito: «[s]ex (Y) is predictive of auto insurance claims (Z) in part because young girls tend to drive more safely than young boys.75 Of course, it is possible to obtain more direct information about care levels (A). But such data is not widely available, as driver 'care' is difficult to quantify. For this reason, simply banning the use of sex-based discrimination will predictably lead to proxy discrimination by AIs because sex is directly predictive of care levels in ways that are not mediated through any alternative, presently quantifiable, variables». In tema, anche, T.B. GILLIS, J.T. SPIESS, *Big data and discrimination*, cit., 462.

Quale esempio[81] può portarsi il caso di un algoritmo impiegato per selezionare possibili candidati a ricoprire una posizione lavorativa per la quale l'altezza è requisito necessario e, tuttavia, la macchina non dispone di dati sull'altezza dei candidati e delle candidate, in ragione della appurata correlazione tra altezza e sesso[82]. Il sesso non potrà essere impiegato quale *proxy* e non viene inserito nel *data-set* trattandosi di fattore di discriminazione vietato oltreche dato sensibile. Potrebbe allora accadere che la macchina, al fine di raggiungere il proprio obiettivo (la selezione del/lla candidato/a migliore), utilizzi un *proxy* diverso, come le preferenze di serie tv. In questo caso, il ricorso ad un elemento apparentemente neutrale e non direttamente predittivo del fattore di discriminazione vietato (il sesso) può tuttavia produrre un effetto proporzionalmente deteriore ai danni delle donne, che saranno escluse dalla selezione.

Il riferimento è al fenomeno del *omitted variable bias*, in forza del quale l'algoritmo, ancorché non faccia riferimento a dati sensibili esclusi e indisponibili nel *data-set*, è comunque in grado di pervenire ad un risultato discriminatorio in ragione delle associazioni istituite a partire da altri dati che sono indirettamente predittivi dell'appartenenza a categorie protette[83] anche solo in modo apparente.

Trattandosi di una forma di discriminazione che si avvicina alla discriminazione statistica[84], l'incidenza della *proxy discrimination* indiretta potrebbe contenersi laddove venissero forniti alla macchina dati più corretti volti a renderne più sofisticato il funzionamento[85].

Oltre le classificazioni, resta da rilevare che la discriminazione "artificiale" si atteggia spesso quale prodotto di condotte plurali che si sommano e si intrecciano a formare una spirale in continuo movimento, con una discriminazione risultante all'esito dal funzionamento della macchina che costituisce il prodotto dell'azione correlata di più *proxy discriminations* che agiscono simultaneamente[86].

---

[81] L'esempio è tratto da A.E.R. PRINCE, D. SCHWARCZ, *Proxy discrimination in the age of artificial intelligence and big data*, cit., 1280.

[82] Qualora il *data-set* disponesse di dati sull'altezza dei candidati e delle candidate, quest'ultima costituirebbe un *proxy* per il sesso e si verserebbe in un'ipotesi di *proxy discrimination* di tipo diretto e causale.

[83] Per un approfondimento anche in relazione alla nozione di discriminazione statistica, si rinvia a B.A. WILLIAMS, C.F. BROOKS, Y. SHMARGAD, *How Algorithms Discriminate Based on Data They Lack: Challenges, Solutions, and Policy Implications*, cit., 90 e ss.

[84] Gli studi della teoria economica distinguono tra la discriminazione di tipo statistico e la *taste-based discrimination*. Per un approfondimento, tra i molti, G. BECKER, *The Economics of Discrimination*, Chicago, 1971; E.S. PHELPS, *The Statistical Theory of Racism and Sexism*, in *The American Economic Review*, 1972, 659 ss.; J. GURYAN, K.K.CHARLES, *Taste-Based or Statistical Discrimination: The Economics of Discrimination Returns to Its Roots*, in *The Economic Journal*, 2013, 471 ss.; T. CALDERS, I. ŽLIOBAITĖ, *Why Unbiased Computational Processes Can Lead to Discriminative Decision Procedures*, in *Discrimination and Privacy in the Information Society*, 2013, 43 ss.

[85] A.E.R. PRINCE, D. SCHWARCZ, *Proxy discrimination in the age of artificial intelligence and big data*, 1280-1281.

[86] *Ibidem*, cit., 1282, secondo cui «a suspect classifier (age) may proxy for a facially neutral category (years since graduation) which proxies for some unquantifiable data (comfort with learning new technology), which predicts a desired outcome. Alternatively, an AI may proxy for one suspect classifier, which proxies for another suspect classifier, which proxies for a facially neutral characteristic that is casually linked to the target variable».

4. *Discriminazioni strutturali e intelligenza artificiale*

Tipologie discriminatorie, che poggiano sulle relazioni tra fenomeno discriminatorio, società e potere pubblico, sono poi la discriminazione istituzionale e quella strutturale.

La ragione per cui tali fenomeni mantengono una importanza che ne giustifica la trattazione in questa sede si deve al legame inscindibile di cui si è detto tra la persona e la macchina, che rendere la seconda riflesso di diseguaglianze che fondano le dinamiche relazionali inter-gruppi.

È la persona, immersa in una realtà non scevra di pregiudizi, a fornire i dati alla macchina e, pure a fronte di tecniche che palesano un livello di progressiva autonomia dalla decisione o programmazione originaria, esse rimangono pur sempre il prodotto di un'azione umana, non sempre, non necessariamente, imparziale. Si tratta di tema che risulta bene esemplificato dal fenomeno già indagato del *masking* e, più efficacemente, dall'ipotesi più problematica del *bias* implicito. Ancora, si possono richiamare quegli studi che dimostrano come le tecniche di intelligenza artificiale acuiscano i livelli di povertà e le diseguaglianze sociali[87], anziché contenerle.

Le contiguità tra la discriminazione "artificiale" e quelle istituzionale e strutturale potrà essere apprezzata in modo particolare se si considerano le vittime della *AI-derived discrimination*. Come si avrà modo di apprezzare, l'intelligenza artificiale non è soltanto foriera del rischio di generare discriminazioni "nuove", bensì, e soprattutto, di esacerbarne di esistenti rendendone però sfumata la caratterizzazione discriminatoria e pertanto più complesso l'accertamento e la repressione. Si versa, così, nell'ipotesi del c.d. «algoritmo strutturalmente incostituzionale»[88], *reo* dell'«errore di derivare dall'essere (in questo caso dall'essere della realtà sociale, spesso ingiusta, parziale o distorta) il dover essere»[89].

5. *Una prima delimitazione teorica della* AI-derived discrimination

In un articolo pubblicato sul *Financial Times*, «What separates humans from AI? It's doubt»[90], l'autore si occupa di tracciare una linea di confine tra il pensiero e l'*agere*

[87] Sul rapporto tra intelligenza artificiale e povertà, si rinvia diffusamente a M. MADDEN, M. GILMAN, K. LEVY, A. MARWICK, *Privacy, Poverty and Big Data: A Matrix of Vulnerabilities for Poor American*s, in *Washington University Law Review*, 2017, 54 ss.; M. GILMAN, *Poverty Lawgorithms. A Poverty Lawyer's Guide To Fighting Automated Decision-Making Harms On Low-Income Communities*, consultabile al link: https://datasociety.net/wp-content/uploads/2020/09/Poverty-Lawgorithms-20200915.pdf.

[88] A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., 86.

[89] *Ibidem.*

[90] Il riferimento è a S.M. FLEMING, *What separates humans from AI? It's doubt*, *Financial Times*, 26 aprile 2021. Si accostano a questa linea argomentativa altri autori che si sono soffermati sulla eterogeneità comportamentale e cognitiva tra la persona e la macchina. Così A. ROUVROY, *The end(s) of critique: Data-behaviourism vs. due-process*, in M. HILDEBRANDT, K. DE VRIES (a cura di), *Privacy, Due Process and the Computational Turn: The Philosophy of Law Meets the Philosophy of Technology*, Milton Park and New York, 2013, 143 ss.

umano e quello della macchina. Si sostiene, in particolare, che ciò che distingue il primo dalla seconda sarebbe la meta-cognizione, cioè la capacità, propria della persona ma non della macchina, di sapere ciò che non si conosce, di avere consapevolezza della eventualità di poter incorrere in un errore e di riconoscerne uno come tale. Ancora, che di fronte a qualcosa che non conosce, la macchina, a differenza della persona, non si rende conto che *non* conosce e opera una scelta sulla base di qualcosa che *non* conosce e che produce una conseguenza decisiva: la soluzione prescelta non si esaurisce nell'effetto limitato al caso singolo, ma rinforza e influenza il funzionamento successivo, perché dalla scelta sbagliata la macchina trae dati ulteriori, sebbene fallaci, che guideranno le sue scelte e capacità di discernimento future.

La meta-cognizione consente, quindi, di distinguere "bene" e "male", il "bene" dal "male" e, in definitiva, di non decidere sulla base di dati mancanti oppure parziali. La macchina, al contrario, decide sempre e *in ogni caso*, traendo indicazioni che diventano vincolanti. Il dato che manca, perché sconosciuto, non esclude la decisione della macchina, ma la fonda e costituisce il presupposto logico di decisioni future.

La differenza tra la persona e la macchina non poteva che riflettersi su un fenomeno così intrinsecamente legato all'"umano" come la discriminazione.

L'analisi che precede conferma questa differenza tra la persona e la macchina e, calata nella prospettiva del fenomeno discriminatorio, consente di stabilire alcuni punti fermi.

Il primo è costituito dalla tipicità della discriminazione legata all'intelligenza artificiale. A prescindere dalla tipologia di tecnica, lo scollamento tra la condotta e l'evento, dovuto alla interposizione della macchina, è sufficiente a incidere sulla fenomenologia discriminatoria in esame.

Se allora la discriminazione applicata all'intelligenza artificiale è *species* diversa, ad essa – secondo apporto – difficilmente si attagliano le categorie classiche del diritto anti-discriminatorio incardinate sulle teorie del *disparate treatment* e del *disparate impact*[91].

Piuttosto – terzo esito –, più opportuno è isolare la fattispecie in esame, su cui concorda la letteratura, che parla di *AI-derived discrimination* oppure di discriminazione algoritmica ad enfatizzare il reciso legame con la discriminazione "umana". L'assenza del legame, in termini di *agency*, tra condotta umana e discriminazione, identifica, inoltre, una caratteristica aggiuntiva della tipologia discriminatoria in esame, cioè il suo essere non più intuitiva[92] e, in ultima analisi, prevedibile, dal legislatore, e sanzionabile, dal giudice[93].

---

[91] Guardando al sistema di diritto anti-discriminatorio dell'Unione Europea, in questo senso M. LEES, *The new profiling: Algorithms, black boxes, and the failure of anti-discriminatory safeguards in the European Union*, in *Security Dialogue*, 2014, 494 ss.. Così, anche, il CAHAI, l'*Ad hoc Committee on Artificial Intelligence*, nel suo *Feasibility study on a legal framework on AI design, development and application based on CoE standards*, 17 dicembre 2020.

[92] Insiste su questa peculiarità della discriminazione algoritmica S. WACHTER, *Affinity Profiling and Discrimination by Association in Online Behavioural Advertising*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2020, 1 ss.

[93] Su cui, *infra*, Parte Seconda.

Quarto aspetto centrale è l'inquadramento della discriminazione "artificiale" entro la figura della "*proxy discrimination*".

Altro aspetto peculiare, il quinto, riguarda il *bias*[94]. Ci si riferisce al "luogo" del *bias* cioè alla sua individuazione in seno al complesso e frazionato funzionamento della macchina, allo scopo di verificare se e in che misura la discriminazione costituisca il prodotto (solo) della condotta umana, della macchina oppure di entrambi; al "tempo" del *bias*, cioè la sua collocazione temporale in rapporto alle fasi che preludono alla costruzione del modello e al suo funzionamento; alla sua qualificazione in rapporto al concetto di intenzionalità della condotta. Qui, ritornano le contaminazioni del diritto anti-discriminazione classico, perché è sulla sussistenza o meno della intenzionalità che poggia, anche per la *AI-derived discrimination*, la possibilità di distinguerne una versione diretta, secondo cui il *bias* deve essere conosciuto dall'agente e intenzionalmente preordinato a produrre un effetto discriminatorio, da una indiretta, in cui, all'opposto, il *bias* non è intenzionale o, almeno, non lo è apparentemente, ma l'effetto dell'azione è discriminatorio.

Ultimo portato dall'analisi dei profili oggettivi riguarda l'attitudine della discriminazione algoritmica a risolversi nella simultanea e cumulatività di plurime discriminazioni. Si realizza, cioè, uno "spostamento" della nozione di discriminazione intersezionale dal lato soggettivo, quello, dei fattori di discriminazione, a quello oggettivo della condotta e della sua attitudine a generare una pluralità di *proxy discriminations* che si intersecano. Non una condotta che poggia su due o più fattori, come nella discriminazione multipla e intersezionale; non una pluralità di condotte che, nel loro insieme, qualificano la discriminazione, come nella molestia nella discriminazione su base salariale, bensì una condotta discriminatoria iniziale su cui se ne innestano di successive con caratteristiche proprie tra di loro eterogenee.

6. *Le "vittime": verso nuove identità e appartenenze*

La prospettiva soggettiva segue quella oggettiva e similmente alla prima attesta la specificità della discriminazione "artificiale".

Quanto alle vittime, essa si allontana solo in parte da quella classica, accostando a gruppi tradizionalmente offesi da condotte discriminatorie aggregazioni nuove generate dal *proxy*.

Trattando della "nuova" discriminazione algoritmica, si è più volte fatto riferimento al *proxy*, al suo atteggiarsi da fattore di discriminazione, alla incisività solo apparentemente sfumata e quasi residuale dei tradizionali elementi di divisione tra esseri umani. Il fatto che il diritto anti-discriminatorio proibisca il riferimento espresso ai fattori di discriminazione tradizionali ha prodotto così un mutamento nella selezione delle

[94] Per una categorizzazione del pregiudizio (*bias)*, S. QUINTARELLI, F. COREA, F. FOSSA, A. LOREGGIA, S. SAPIENZA, *AI: profili etici. Una prospettiva etica sull'intelligenza artificiale: principi, diritti e raccomandazioni*, in *BioLaw Journal*, 2019, 218 e ss., e, anche, H. SURESH, J.V. GUTTAG, *A Framework for Understanding Unintended Consequences of Machine Learning*, Cambridge, 2020.

qualità individuali e nelle modalità entro cui si definisce l'appartenenza identitaria del singolo al gruppo. Essa non si fonda più, almeno esplicitamente, su elementi come la razza, l'etnia, il sesso oppure il genere, bensì su criteri che vanno da fattori quantificabili e misurabili, il quartiere di residenza, il codice postale, le preferenze di siti internet, film, serie televisive, ad altri dai contorni discrezionali, l'affidabilità del creditore[95], il "buon" lavoratore, l'automobilista a basso rischio di sinistri stradali.

Il richiamo ad elementi che, come i fattori di discriminazione classici, concorrono a qualificare l'identità del singolo e a determinarne l'appartenenza collettiva, contribuisce così alla emersione di gruppi "nuovi"[96], che condividono però con i "vecchi" la posizione subordinata all'interno della società.

La discriminazione algoritmica fa, quindi, nascere minoranze "nuove"[97], che poggiano su criteri di appartenenza individuale e collettiva diversi, che costruiscono nuove forme identitarie[98]. Allo stesso tempo, se è vero che la discriminazione algoritmica ha portato ad una ridefinizione del concetto di affiliazione individuale, di gruppo, di identità[99], è altrettanto vero che le sue vittime sono tutt'affatto nuove; o meglio, lo sono solo in parte.

Potrebbe dirsi, cioè, che a fattori e gruppi nuovi non corrispondono necessariamente vittime nuove. E, ancora, che si assiste ad una complessa intersezione tra forme di appartenenza classica e tipologie "nuove", che non rimangono separate ma si sovrappongono creando inedite relazioni e intrecci tra fattori di discriminazione tradizionali e criteri di differenziazione nuovi.

Lo studio dell'impatto soggettivo delle torsioni discriminatorie nell'impiego delle tecniche di intelligenza artificiale mostra pertanto una convergenza fra le vittime della discriminazione "umana" e quelle della discriminazione algoritmica, che però non sorprende fino in fondo in considerazione dell'ineliminabile ruolo assolto dalla persona nella progettazione della macchina. Quello che cambia, quindi, più che le vittime sono i

---

[95] In prospettiva comparata, si richiama l'esperienza statunitense ove l'utilizzo di algoritmi cui subordinare la concessione oppure il diniego del prestito da parte di un istituto di credito, si veda quanto riportato da *The Atlantic*, K. WADDELL, *How Algorithms Can Bring Down Minorities' Credit Scores (Analyzing people's social connections may lead to a new way of discriminating against them)*, 2 dicembre 2016, consultabile al link: https://www.theatlantic.com/technology/archive/2016/12/how-algorithms-can-bring-down-minorities-credit-scores/509333/.

[96] Sulla eterogeneità, o meglio, sul superamento dei *protected groups* per effetto della *AI-derived discrimination*, convergono, tra gli altri, B. MITTELSTADT, *From Individual to Group Privacy in Big Data Analytics*, in *Philosophy and Technology*, 2017, 475 ss.; S. WACHTER, *Affinity Profiling and Discrimination by Association in Online Behavioural Advertising*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2020.

[97] Le minoranze "nuove" a cui si fa riferimento, in questa sede, sono gruppi minoritari distinti rispetto a quelle che la dottrina tradizionalmente qualifica come "nuove minoranze", ossia gruppi sociali che si caratterizzano per elementi che in parte si allontanano dalla definizione classica di minoranza proposta da F. CAPOTORTI, per il fatto di essere composte da individui che non sono cittadini dello Stato nel quale risiedono.

[98] Sul ruolo del *proxy*, *infra*.

[99] Così K. DE VRIES, *Identity, profiling algorithms and a world of ambient intelligence*, in *Ethics Inf Technol*. 2010, 71 ss., che si sofferma su una ricostruzione del concetto di identità che, inquadrata nella prospettiva della tecnologia, assume una importanza decisiva, consentendo di distinguere «a device used to decide who is in and who is out; who is us and who is them; who is likely to be a good customer and who is not; who is allowed to pass the border and who is not», 76.

criteri in base ai quali si delineano le categorie e che giustificano una disamina del fenomeno, che incrocia vecchie e nuove minoranze.

La trasformazione soggettiva non si arresta, infine, alla enucleazione delle vittime e dei rispettivi tratti identitari, riflettendosi sulla identificazione del *tertium comparationis*, anch'esso esposto ad una ridefinizione teorica ed applicativa.

7. *Le "vecchie" minoranze tra genere, razza e etnia*

Prodotto della porzione "umana" della discriminazione "artificiale" è la sovrapponibilità delle "vecchie" minoranze alle vittime della nuova fenomenologia discriminatoria.

Le relazioni che le nuove tecnologie intrattengono con il genere[100] e con il fattore etnico-razziale hanno velocemente conquistato la scena negli anni in cui l'intelligenza artificiale ha invaso i più vasti settori della vita quotidiana.

Con riferimento alle prime, che l'intelligenza artificiale non rispecchi egualmente entrambi i sessi e, anzi, si traduca in una discriminazione strutturale ai danni delle donne è portato ormai pacifico, supportato da analisi statistiche[101] e da progetti accademici[102]

[100] Nell'ambito della dottrina costituzionalistica nazionale, si vedano, diffusamente, M. D'AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, cit., 313 ss., che parla di «intelligenza artificiale 'contro' le donne»; l'A. pone l'accento, tra gli altri aspetti, sul tema del «monopolio maschile», che contraddistingue il settore dell'informatica, composto in modo prevalente da uomini, legandolo agli effetti discriminatori prodotti dagli algoritmi che deriverebbero dalla difettosa *diversity* dal lato di chi «costruisce gli algoritmi», in particolare 314 e ss.; della stessa A., sul tema degli effetti che l'assenza di donne produce non solo piano della non discriminazione, ma, più in generale, sulla qualità e sul buon funzionamento di organi e istituzioni, si rinvia, tra i molti, *a Il difficile cammino della democrazia paritaria*, Torino, 2011; sempre nell'ambito della letteratura nazionale, si rinvia a E. STRADELLA, *Stereotipi e discriminazioni: dall'intelligenza umana all'intelligenza artificiale*, in AA.VV., Liber amicorum *per Pasquale Costanzo*, in *Consulta Online*, 2020, 1 ss. In una prospettiva sovranazionale, spunti sono offerti dai contributi resi in occasione della conferenza *Data Justice Conference*, svolta a Cardiff nel 2018, con particolare riferimento alle relazioni rese nell'ambito del panel *Data and Discrimination*, le cui registrazioni possono essere consultate al link: https://cardiff.cloud.panopto.eu/Panopto/Pages/Viewer.aspx?id=d132281d-8bbc-4980-8013-a8e8007c788d. In tema, si vedano, anche, C. D'IGNAZIO, L.F. KLEIN, *Data Feminism*, Cambridge, 2019; S. DILLON, C. COLLETT, *AI and Gender: Four Proposals for Future Research*, 2019.

[101] In questo senso, i dati del *World Economic Forum* del 2018 (https://reports.weforum.org/global-gender-gap-report-2018/assessing-gender-gaps-in-artificial-intelligence/?doing_wp_cron=1621003660.5886778831481933593750) e del 2021, dell'UNESCO nel 2020 (https://unesdoc.unesco.org/in/documentViewer.xhtml?v=2.1.196&id=p::usmarcdef_0000374174&file=/in/rest/annotationSVC/DownloadWatermarkedAttachment/attach_import_ab07646d-c784-4a4e-96a1-3be7855b6f76%3F_%3D374174eng.pdf&locale=en&multi=true&ark=/ark:/48223/pf0000374174/PDF/374174eng.pdf#AI%20Gender_pages.indd%3A.11061%3A142)

[102] Il riferimento è al già citato progetto *Gender Shades* sul carattere discriminatorio ai danni delle donne afro-americane di alcuni sistemi di riconoscimento facciale, su cui, anche, J BUOLAMWINI, *Hearing on: Artificial Intelligence: Societal and Ethical Implications*, Washington, DC, United States House Committee on Science, Space and Technology, 2019.

che convergono nell'attestare la natura non *gender-neutral* dei modelli[103], tra gli altri, di *machine learning* e *deep learning*[104].

Oltre ai dati e al *gender divide*[105] nelle discipline c.d. *stem*, le relazioni tra genere e intelligenza artificiale sollecitano ulteriori spunti.

Il primo attiene alla caratterizzazione non nuova della vittima, nel senso che a fronte di una fenomenologia discriminatoria "nuova" la vittima non ne ripete la novità, iscrivendosi le donne tra le categorie maggiormente esposte a subire limitazioni a sfondo discriminatorio nel godimento dei propri diritti.

Vi è poi un secondo elemento che, invece, separa la discriminazione "artificiale" da quella tradizionale e che deriva dal "come" si realizza la distinzione. Il sesso non compare, infatti, (quasi) mai nei modelli così come elementi predittivi dell'appartenenza all'uno o all'altro sesso. Il tema è, quindi, come la *proxy discrimination* arriva comunque a incidere negativamente sulla categoria protetta. Una domanda a cui si potrebbe rispondere richiamando la inadeguatezza degli istituti classici del diritto antidiscriminatorio, ma anche l'insufficienza di strumenti di contrasto che poggino sulla sola eliminazione o non selezione di *proxys* che richiamano, direttamente o indirettamente, il sesso. Piuttosto, l'effetto discriminatorio rivela l'influenza del pregiudizio implicito ma strutturale, che influenza la fase "umana" della programmazione della macchina e che si salda con la composizione prevalentemente mono-genere degli esperti di intelligenza artificiale[106].

---

[103] Alle ricerche di organismi sovranazionali, si affiancano alcuni casi emblematici che hanno avuto come protagonisti multinazionali quali Uber, con riferimento a sistemi di riconoscimento facciale, a LinkedIn, in relazione a sistemi di decisione automatizzata che pregiudicavano in modo proporzionalmente maggiore le donne in punto di visualizzazione delle offerte lavorative. Richiama questi esempi, inserendoli nel più ampio dibattito sulla portata discriminatoria in base al genere delle tecniche di intelligenza artificiale, M. D'AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, cit., 315 e ss. In tema, anche, i contributi di G. DE MINICO e A. PAPA nell'ambito del convegno *La pandemia: nuove asimmetrie o uguaglianze di genere?*, organizzato da Astrid, in data 17 maggio 2021.

[104] Si ricordano il già citato progetto *Gender Shades* sul carattere discriminatorio ai danni delle donne, in particolare afro-americane di alcuni sistemi di riconoscimento facciale (su cui, anche, J BUOLAMWINI, *Hearing on: Artificial Intelligence: Societal and Ethical Implications*, Washington, DC, United States House Committee on Science, Space and Technology, 2019); la vicenda di Amazon in tema di reclutamento (su cui J. DUSTIN, *Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women*, Reuters, 11 ottobre 2018, che per primo diede la notizia del funzionamento discriminatorio dell'algoritmo impiegato, e, anche, J. LAURET, *Amazon's sexist AI recruiting tool: how did it go so wrong?*, in *becominghuman.ai*, 16 agosto 2019); dei sistemi di assistenza vocale (su cui R. ADAMS, N.N. LOIDEAIN, *Addressing Indirect Discrimination and Gender Stereotypes in AI Virtual Personal Assistants: The Role of International Human Rights Law*, in *Annual Cambridge International Law Conference New Technologies: New Challenges for Democracy and International Law*, 2019, 1 ss.).

[105] Il *World Economic Forum* nel 2018 attesta che solo il 22% dei professionisti che si occupano di intelligenza artificiale a livello mondiale sono donne contro il 78% di uomini, con un gap che si avvicina al 72%.

[106] In tema, M. BRUSSEVICH, E. DABLA-NORRIS, S. KHALID, *Is Technology Widening the Gender Gap? Automation and the Future of Female Employment*, in *IMF Working Papers, Working Paper No. 19/91. Washington, DC, International Monetary Fund*, 2019. L'argomento è diffusamente approfondito anche dalla Commissione dell'Unione Europea in un recente rapporto, che può leggersi al link: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights/mlp_summary_report_nl_november_2020_en.pdf.

Terzo elemento, su cui non ci si sofferma, investe, infine, i rapporti tra linguaggio non paritario e intelligenza artificiale, nella misura in cui si ritiene che il primo costituisca una delle cause del funzionamento non *gender-neutral* della seconda.

Altrettanto note storicamente sono le relazioni tra la discriminazione e il fattore etnico-razziale[107], così che non sorprende che il fattore etnico-razziale mantenga una posizione di primo piano, dimostrando le evidenze statistiche una imponente incidenza delle tecniche di intelligenza artificiale ai danni di minoranze etnico-razziali[108]. Si segnalano i purtroppo celebri sistemi di sorveglianza, di giustizia predittiva[109], sperimentati in particolare dall'esperienza statunitense, alle diseguaglianze nell'accesso al servizio sanitario[110], al mercato del lavoro tramite annunci pubblicitari[111], ai servizi

[107] La scelta di legare unitariamente i due fattori si motiva alla luce dell'opzione linguistica e concettuale prescelta dal diritto dell'Unione Europea, che poggia sulle criticità che tuttora circondano la nozione di razza così come sulla sua non agevole demarcazione semantica rispetto al contiguo concetto di etnia. Il riferimento è alla Direttiva 2000/43/CE che espressamente sceglie di unire i due fattori. Per un approfondimento sull'utilizzo della nozione di razza anche alla luce del dibattito sviluppatosi circa l'opportunità di conservarne il riferimento nel testo dell'art. 3, comma 1, Cost., si consenta il rinvio a C. NARDOCCI, *Dall'invenzione della razza alle leggi della vergogna: lo sguardo del diritto costituzionale*, in *Italian Review of Legal History*, 2019, 482 ss. Sul significato della nozione di razza, si rinvia diffusamente a L.L. CAVALLI SFORZA, *Storia e geografia dei geni umani*, Torino, 1997. Interessante in questo quadro anche il documento *The Race Question* dell'UNESCO del 1949, che può essere letto al link: http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001282/128291eo.pdf.

[108] In tema, C. INTACHOMPHOO, O.D. GUNDERSEN, *Artificial Intelligence and Race: a Systematic Review*, in *Legal Information Management*, 2020, 74 ss.

[109] In letteratura, M. HAMILTON, *The biased algorithm evidence of disparate impact of Hispanics*, in *American Criminal Law Review*, 2019, 1553 ss., che richiama i dati pubblicati dallo studio realizzato da T. GEST, *Civil rights advocates say risk assessment may "worsen racial disparities" in bail decisions*, in *The Crime Report*, 31 luglio 2018; R.M. O'DONNELL, *Challenging Racist Predictive Policing Algorithms under the Equal Protection Clause*, in *New York University Law Review*, 2019, 545 ss., che riporta in apertura del suo lavoro il caso dell'algoritmo, noto come *Strategic Subject List* (SSL), quale strumento di polizia predittiva. Per un approfondimento sul caso citato dall'A., si veda J. GORNER, *Chicago Police Use 'Heat List' as Strategy to Prevent Violence*, 21 agosto 2013, consultabile al link: https://www.chicagotribune.com/news/ct-xpm-2013-08-21-ct-met-heat-list-20130821-story.html.

[110] Lo riporta H. LEIDFOR, *Millions of black people affected by racial bias in health-care algorithms*, in *Nature*, 2019, che richiama lo studio di Z. OBERMEYER, B. POWERS, C. VOGELI, S. MULLAINATHAN, *Dissecting racial bias in an algorithm used to manage the health of populations*, in *Science*, 2019, 447 ss.; in tema, anche, R. HART, *If you're not a white male, artificial intelligence's use in healthcare could be dangerous*, in *Quartz*, 10 luglio 2017, https://qz.com/1023448/if-youre-not-a-white-male-artificial-intelligences-use-in-healthcare-could-bedangerous. Interessanti i dati riportati da Z. OBERMEYER et al., *Dissecting racial bias in an algorithm used to manage the health of populations*, in *Science*, 2019, 447 ss.

[111] Si rinvia allo studio di D.J. DALENBERG, *Preventing discrimination in the automated targeting of job Advertisements*, in *Computer Law & Security Review*, 2018, 615 ss., che analizza la questione dell'accesso al mercato del lavoro tramite annunci online.

abitativi[112], oppure, ancora, ai sistemi di riconoscimento facciale[113] diffusi anche nell'ambito delle politiche migratorie[114].

In senso analogo a quanto già rilevato, anche le discriminazioni algoritmiche a sfondo etnico-razziale sono da ricondurre a cause che agiscono "in entrata": la scarsa, se non assente, eterogeneità etnico-razziale, in termini di sovra-rappresentanza dei caucasici, che presiede alle fasi di ideazione, costruzione, sviluppo e messa in opera della macchina[115]; il pregiudizio implicito.

Più complesse le ipotesi in cui il fattore etnico-razziale è inciso "in uscita" per effetto della sua associazione, diretta oppure indiretta, con l'elemento, predittivo, cioè con il *proxy*. Tratto caratterizzante e che sfavorisce le minoranze etnico-razziali in queste forme di diseguaglianze "in uscita" è, infatti, lo stretto legame che la razza e l'etnia intrattengono con una vasta serie di fattori di discriminazione classici e "nuovi", con un aumento esponenziale delle probabilità di subire effetti pregiudizievoli per effetto del combinato operare di questa eterogenea moltitudine di elementi di difficile prevenzione e contenimento. Si pensi a sistemi algoritmici che poggiano sull'area geografica di residenza e che uniscono fattore etnico-razziale e condizione economica o grado di povertà; ai meccanismi che guardano alle statistiche di commissione di reati, di recidiva, sino alla controversa inclinazione alla delinquenza; alla presunta inaffidabilità alla restituzione di prestiti; a sistemi di ricerca e selezione dei candidati che utilizzano quale paramtro il nome proprio.

8. *"Nuove" minoranze e "nuovi" fattori di discriminazione? Il* proxy

Accanto alle minoranze vecchie e ai fattori classici, vi é però qualcosa di diverso: il *proxy.*

Il *proxy* non è soltanto elemento costitutivo e tipico della discriminazione algoritmica, assolvendo ad un ruolo centrale anche sotto il profilo soggettivo.

Se il *proxy* identifica l'elemento in base al quale la macchina distingue, ci si chiede se esso possa o meno considerarsi un sinonimo dei fattori di discriminazione classici

---

[112] In tema, soccorrono gli studi realizzati sul sistema statunitense, tra cui D.K. LEVY a altri, *U.S. Dep't of Hous. & Urban Dev., Discrimination in the Rental Housing Market Against People Who Are Deaf and People Who Use Wheel- chairs*, *National Study Findings*, 2015.

[113] In dottrina, N. FURL, P. PHILLIPS, A.J. O'TOOLE, *Face recognition algorithms and the other- race effect: Computational mechanisms for a developmental contact hypothesis*, in *Cognitive Science*, 2002, 797 ss. Ancora, dati utili sono offerti dal già più volte richiamato progetto "Gender Shades". Nell'ambito della dottrina nazionale, M. D'AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, cit. e, superando la prospettiva di genere, anche, E. CURRAO, *Il riconoscimento facciale e i diritti fondamentali: quale equilibrio?*, in *Diritto Penale e Uomo*, 2021, 1 ss.

[114] Interessante il caso canadese, in cui i tribunali amministrativi affidavano ad un algoritmo il compito di concedere oppure negare il permesso di asilo, su cui il report già citato P. MOLNAR, L. GILL, *Bots At The Gate: A Human Rights Analysis of Automated Decision-Making in Canada's Immigration and Refugee System.*

[115] Si vedano i dati forniti dallo studio di che attestano, a titolo di esempio, che la percentuale di afro-americani assunti si attesta al 2, 5% a Google e al 4% presso Facebook e Microsoft. Si rinvia a S.M. WEST, M. WHITTAKER, K. CRAWFORD, *Discriminating Systems. Gender, Race, and Power In Ai*, 2019, AI Now Institute, https://ainowinstitute.org/discriminatingsystems.pdf.

oppure, all'opposto, se si traduca in qualcosa di diverso, cioè un elemento che *può* assumere tale attitudine per effetto della sua associazione ed interazione con i *suspect grounds of discrimination*.

Il quesito ha una sua pregnanza se analizzato dalla prospettiva, duplice, della regolamentazione e dell'accertamento di una disparità di trattamento sanzionabile alla luce delle norme di diritto positivo vigenti. Se, infatti, si considera il *proxy* quale fattore di discriminazione dovrà procedersi ad una attenta delimitazione degli elementi inquadrabili entro la nozione in esame al fine di assoggettare ed estendere il trattamento riservato ai fattori di discriminazione tradizionali anche al *proxy*. Il *proxy* verrebbe, quindi, a condividere il carattere di elemento che non può essere mai esplicitamente incluso quale fattore di distinzione, perché protetto e sospetto, con il rischio, però, forse, di imbrigliare eccessivamente il funzionamento delle tecniche di intelligenza artificiale per gli ineliminabili e indefiniti collegamenti tra i tratti identificativi dell'essere umano[116].

Viceversa, a voler sposare la tesi della eterogeneità tra fattore di discriminazione e *proxy*, occorrerà stabilire in che misura il secondo vi si distanzia alla luce della sua riscontrata e potenziale attitudine ad assimilarsi al primo sotto il profilo dell'effetto discriminatorio ai danni della vittima.

Accanto al tema della qualificazione del *proxy*, si affianca, poi, la ricaduta applicativa del suo impiego in relazione alla delimitazione delle appartenenze individuali, cioè alla identificazione dei gruppi e delle componenti strutturali di ciascuno secondo la classificazione imposta dal *proxy*.

A prescindere, quindi, dalla sua natura quale fattore di discriminazione "nuovo" oppure qualità associabile ai fattori tradizionali, il *proxy* traccia confini nuovi tra categorie e gruppi, incide sulle affiliazioni individuali e, non da ultimo, sulla nozione di minoranza[117]. In sintesi, l'intelligenza artificiale si riverbera, comportandone il superamento, sul concetto classico di gruppo sociale e di minoranza[118].

A differenza, però, dei fattori di discriminazione tradizionali che riposano su qualità di divisione tra esseri umani note e prevalentemente esteriorizzabili e misurabili, il *proxy* si appalesa mutevole, talvolta sconosciuto al programmatore e alla macchina che ne fa uso.

Accanto alla prospettiva "dall'alto", cioè di chi costruisce l'algoritmo, vi è poi quella "dal basso" di chi subisce le conseguenze derivanti dalla propria associazione

---

[116] Si osserva che: «[t]he notion of a protected class remains a fundamental legal concept, but as individuals increasingly face technologically mediated discrimination based on their positions within networks, it may be incomplete. In the most visible examples of networked discrimination, it is easy to see inequities along the lines of race and class because these are often proxies for networked position. As a result, we see outcomes that disproportionately affect already marginalized people», così D. BOYD, K. LEVY, A. MARWICK, *The Networked Nature of Algorithmic Discrimination*, in *Open Technology Institute*, New America, Data & Discrimination, 2014, 53 ss.

[117] Così K. DE VRIES, *Identity, profiling algorithms and a world of ambient intelligence*, in *Ethics Informatic Technology*, 2010, 71 ss.

[118] «This typology of 'group' or 'crowd' differs from the traditional understanding of groups, since the people involved in the "group" might not be aware of (1) their membership to that group, (2) the reasons behind their association with that group and, most importantly, (3) the consequences of being part of that group», così M. FAVARETTO, E. DE CLERCQ, B. SIMONE ELGER, *Big data and discrimination: perils, promises and solutions. A systematic review*, in *Journal of Big Data*, cit., 18.

inconsapevole ad un gruppo rispetto al quale l'involontarietà non significa solo omessa conoscenza dell'essere ascritti a quel gruppo, ma anche soggezione alle conseguenze[119] che ne derivano sul piano delle posizioni giuridiche soggettive.

Questo comporta che l'effetto della *proxy discrimination* sarà del tutto inconsapevole per il singolo, poiché l'affiliazione non è volontaria, nè conosciuta all'individuo, prima, ed alla vittima, poi.

Ci si riferisce ad un ulteriore aspetto tratto peculiare della discriminazione algoritmica, che incide sul diritto fondamentale all'autodeterminazione individuale, comprensivo, anzitutto, del diritto del singolo di decidere se fare o non fare parte di un gruppo secondo una costruzione della dimensione negativa e positiva del diritto individuale. Un diritto, che la Costituzione sancisce al suo articolo 2 e che il diritto internazionale dei diritti umani ha tradotto, nel quadro della sua elaborazione in tema di diritti del gruppo, nel diritto di *self-identification*, come testimonia l'art. 3 della Convenzione Quadro sulla protezione delle minoranze nazionali del Consiglio d'Europa[120].

Ma l'involontaria e sconosciuta affiliazione generata dal *proxy* produce anche altri effetti, che includono la impossibilità per il singolo di sottrarsi alle conseguenze negative derivanti dalla appartenenza tramite l'"uscita", cioè esercitando il diritto di *exit*. Ancora, la capacità aggregatrice del *proxy* determina[121] uno spostamento da una dimensione puramente individuale della discriminazione ad una collettiva, poiché i dati raccolti possono riverberare effetti pregiudizievoli per coloro che sono inseriti nel *data-set*[122], per i sotto-rappresentati, cioè non inclusi nel *data-set*[123], per la generalità degli individui in ragione dell'impiego delle tecniche di intelligenza artificiale in settori a diffusione globale[124].

A voler chiudere il cerchio, la *AI-derived discrimination*, oltre a stimolare un ripensamento degli elementi oggettivo-fattuali della discriminazione come atto, ne

---

[119] Su questo aspetto, A. MANTELERO, *Personal data for decisional purposes in the age of analytics: from an individual to a collective dimension of data protection*, in *Computer Law and Security Review*, 2016, 238 ss., ripreso da M. FAVARETTO, E. DE CLERCQ, B. SIMONE ELGER, *Big data and discrimination: perils, promises and solutions. A systematic review*, in *Journal of Big Data*, cit., 18.

[120] In letteratura, H.J. HEINTZE, *Article 3*, in M. WELLER (a cura di), *Oxford Commentaries on International Law. The Rights of Minorities. A Commentary on the European Framework Convention for the Protection of National Minorities*, Oxford, 2005, 124 ss. Quale esempio delle implicazioni cui può dare luogo l'applicazione di tale diritto nel contesto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, si veda Corte EDU, *Tasev c. North Macedonia*, [Prima Sezione], n. 9825/13, 16 maggio 2019, su cui si veda il commento di K. HENRARD, *Tasev v North- Macedonia: (blurry) dimensions and boundaries of the right to free self-identification*, in *StrasbourgObserver*, 2019; si consenta, inoltre, il rinvio a C. NARDOCCI, *Esiste un diritto individuale alla scelta della propria etnia? A margine di Corte europea dei diritti dell'uomo, Tasev c. North Macedonia*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2019, 1 ss.

[121] M. FAVARETTO, E. DE CLERCQ, B. SIMONE ELGER, *Big data and discrimination: perils, promises and solutions. A systematic review*, in *Journal of Big Data*, cit., 11.

[122] P. MACDONNELL, T*he European Union's proposed equality and data protection rules: an existential problem for insurers?*, in *Economic Affairs*, 2015, 225 ss.

[123] L.P. FRANCIS, J.G. FRANCIS, *Data reuse and the problem of group identity*, in *Studies in Law, Politics and Society*, 2017, 143 ss.

[124] Ne danno conto H. KENNEDY, G. MOSS, *Known or knowing publics? Social media data mining and the question of public agency*, in *Big Data Society*, 2015, consultabile al link: https://doi.org/10.1177/2053951715611145.

trasforma anche la dimensione soggettiva enfatizzandone quella collettiva sino a favorire una diversa costruzione delle nozioni di minoranza e appartenenza, e delle relazioni *intra* ed *inter*-comunitarie.

9. *L'intersezionalità oggettiva e soggettiva nella* AI-derived discrimination

Vi è un ulteriore tema classico del diritto-antidiscriminatorio che si apprezza nella prospettiva soggettiva e che mantiene sicura pregnanza nel contesto della discriminazione "artificiale". Il riferimento è alle teorie sulla intersezionalità che, applicate all'intelligenza artificiale, presentano caratteri fenomenologici autonomi.

Tradizionalmente, l'intersezionalità presuppone l'interazione simultanea e l'altrettanto contestuale effetto, deteriore, ai danni della vittima ovvero del gruppo[125].

La simultaneità che si realizza dal lato causale e da quello degli effetti poggia, però, su fattori tradizionali noti, dei quali l'individuo possiede una propria consapevolezza dal punto di vista della sua, anche solo potenziale, affiliazione collettiva.

L'ingresso della discriminazione legata alle tecniche di intelligenza artificiale, viceversa, non soltanto incide sulla trasformazione del concetto di gruppo e di appartenenza, ma concorre a creare doppie minoranze o, se si preferisce, dei *sub-groups* che derivano non dall'intersezione tra fattori di discriminazione classici, ma tra questi e il *proxy*.

L'intreccio tra fattori di discriminazione classici e il *proxy* oppure una moltitudine di *proxys* innesca conseguenze in tutto assimilabili a quelle raffigurate dalla Crenshaw[126] nel noto esempio dell'incrocio tra strade: qui, però, le strade non sono solo rappresentate dai fattori discriminazione classici, accostandosene di ulteriori che palesano il ruolo di protagonista assoluto del *proxy*.

L'approccio intersezionale interessa, però, anche la dimensione oggettiva. Il *proxy*, cioè non crea solo nuove categorie, ma anche nuove tipologie di discriminazione. Si pensi a discriminazioni che poggiano su *proxy*, che valorizzano le abitudini di vita del singolo, così come il salario o la posizione lavorativa, come nella *price discrimination*[127].

---

[125] In questo senso, se ne apprezza la differenza rispetto alla pur contigua nozione di discriminazione multipla, che non condivide con la discriminazione intersezionale l'effetto simultaneo e deteriore dell'intreccio tra fattori ai danni della vittima oppure del gruppo. Sulla distinzione tra le due categorie concettuali, si rinvia all'*Handbook of Non-Discrimination*, *Fundamental Rights Agency* dell'Unione Europea, 2018, 64 e ss. Il testo integrale è consultabile al link: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-handbook-non-discrimination-law-2018_it.pdf. In tema, anche, il documento della Commissione europea, *Tackling Multiple Discrimination. Practices, policies and laws*, 2007.

[126] Tra i numerosi scritti, K. CRENSHAW, *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color*, in *Stanford Law Review*, 1991, 1241 ss.; della stessa A., *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory, and Antiracist Politics*, in *University of Chicago Legal Form*, 1989, 57 ss. Nella dottrina costituzionalista, M. D'AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, cit.

[127] Su cui A. GAUTIER, A. ITTO, P. VAN CLEYNENBREUGEL, *AI algorithms, price discrimination and collusion: a technological, economic and legal perspective*, in *European Journal of Law and Economics*, 2020, 405 ss.

L'incedere sulla scena del *proxy* non ha quindi solo ridefinito i contorni della caratterizzazione oggettiva della discriminazione "artificiale", ma ha ridisegnato il concetto di identità individuale, prima, e di appartenenza al gruppo, poi, rischiando di accentuare le divisioni e le possibili fratture tra esseri umani e gruppi di fronte all'opposto tentativo delle Carte costituzionali e del diritto internazionale dei diritti umani di promuovere un concetto di umanità che tenga sì conto delle differenze, ma secondo una prospettiva che ne salvaguardi coesione e unità.

PARTE SECONDA
DALLA GENESI ALL'ACCERTAMENTO: IL LEGISLATORE, I GIUDICI

10. *Il legislatore*

10.1. *Sulla regolamentazione della* AI-derived discrimination: *il "se", il "chi"…*

Approdando alla dimensione istituzionale, primo tema su cui soffermarsi attiene alla regolamentazione delle tecniche di intelligenza artificiale ed alle sue implicazioni sul principio di non discriminazione.

Oltre la ricognizione dello stato dell'arte in punto di positivizzazione di norme preposte a contrastare la discriminazione algoritmica, è utile porre l'attenzione su alcune questioni teoriche.

In estrema sintesi, queste riguardano: la scelta del *se* regolamentare il funzionamento dell'intelligenza artificiale e della discriminazione che ne discende; l'individuazione del soggetto istituzionale deputato ad assolvere a tale compito, se cioè sia da preferirsi una normazione di livello nazionale oppure uno spostamento del baricentro decisionale verso il diritto dell'Unione Europea, seguendo la linea già tracciata in materia di diritto anti-discriminatorio, se non addirittura in favore di organizzazioni internazionali; il *come*, ossia la utilizzabilità degli istituti del diritto anti-discriminatorio classico alla luce della ricostruita natura della(e) *AI-derived discrimination(s).*

Sul primo aspetto, è opportuno muovere dal difetto di norme di diritto positivo, di livello nazionale e sovranazionale, che si occupino della discriminazione "artificiale".

L'opportunità di incardinare i nuovi sviluppi della tecnologia entro schemi normativi predefiniti, così come quello, ad esso contiguo, dei limiti che incontra il legislatore al cospetto della scienza e dell'innovazione tecnologica – con cui la giurisprudenza costituzionale si è ampiamente confrontata[128] – è, infatti, al centro di

[128] Il riferimento è alla nota giurisprudenza costituzionale inaugurata dalle decisioni n. 282 del 2002 e n. 338 del 2003, poi ripresa e sviluppata dal filone giurisprudenziale in tema di fecondazione medicalmente assistita a partire dalle decisioni n. 151 del 2009 e n. 162 del 2014. Valga soltanto precisare che la riferibilità della giurisprudenza costituzionale richiamata al fenomeno che qui si indaga dovrà, però, tenere conto delle ineliminabili differenze, poggiando quelle decisioni su materie in cui il legislatore si confrontava con scoperte scientifiche, che investivano la scienza medica, ma soggette al controllo umano. La Corte indugiava, infatti, da un lato, sui limiti che incontra l'attività normativa al cospetto dell'arte medica, ma, vi accostava allo stesso tempo, il riconoscimento di uno spazio di autonomia del medico, cioè dell'uomo,

posizioni non sempre condivise sulla doverosità di disciplinare la materia, così come sulla individuazione della fonte del diritto e del soggetto istituzionale competente a farsene carico.

In questa sede, non ci si chiede se l'intelligenza artificiale complessivamente considerata debba essere oggetto di interventi di regolamentazione[129], bensì se la "nuova" discriminazione algoritmica debba essere destinataria di una normativa *ad hoc*, aderendo alle tesi che ne valorizzano l'eterogeneità rispetto a quella classica.

Sul *se* regolamentare la discriminazione "artificiale", si registrano approcci dicotomici tra le due sponde dell'oceano Atlantico, sia a livello nazionale che sovranazionale.

Il *favor* verso logiche di *non-regulation* appare prescelto, in particolare, dagli Stati Uniti d'America, sebbene si registrino sollecitazioni di segno opposto alla luce delle provate violazioni di diritti fondamentali, anzitutto, di eguaglianza e riservatezza. Analoga impostazione si rinviene nell'ambito delle Nazioni Unite[130], sebbene anche in questo caso si assiste ad un avvicinamento all'approccio del Consiglio d'Europa, da qualche anno impegnato nella selezione di strumenti di *soft law* in grado di orientare gli Stati contraenti nel contrasto, tra gli altri, della discriminazione "artificiale".

Quanto all'individuazione del soggetto deputato a disciplinare la discriminazione algoritmica, le risposte preliminari del continente europeo paiono inclini ad assegnare un ruolo di primo piano al diritto sovranazionale. Il riferimento è al Consiglio d'Europa e al all'*Ad hoc Committee on Artificial Intelligence* (CAHAI), che, nel dicembre 2020, ha adottato il documento *Feasibility study on a legal framework on AI design, development and application based on CoE standards*[131], al fine di dare seguito alle criticità emerse in letteratura sulla utilizzabilità dello strumentario vigente in materia di anti-discriminazione

---

chiamato a scegliere, sulla base di proprie conoscenze, il trattamento terapeutico più adeguato al caso concreto. Nel caso, invece, della tecnologia legata alla intelligenza artificiale, l'esautoramento della persona dal funzionamento della macchina, potrebbe costituire un elemento decisivo per ragionare sulla utilità di quella giurisprudenza che poggia sul riconoscimento di limiti ad interventi "dall'alto" del legislatore, ma che allo stesso tempo valorizza competenze propriamente umane. Questa giurisprudenza è, però, particolarmente utile nel segnalare, che deve essere sempre e comunque riconosciuto uno spazio di autonomia all'uomo nei suoi rapporti con la scienza e con la tecnologia.

[129] Sul tema sono diverse le voci che in letteratura nonché a livello delle organizzazioni internazionali e della stessa Unione Europea si sono espresse per la valorizzazione del ruolo sempre più attivo dell'uomo nel funzionamento delle tecniche di intelligenza artificiale. Sulla opportunità del *keeping humans in the loop*, si vedano F.M. ZANZOTTO, *Viewpoint: Human-in-the-loop Articial Intelligence*, in *Journal of Articial Intelligence Research*, 2019, 243 ss.; C. CATH, L. FLORIDI, *The Design of the Internet's Architecture by the Internet Engineering Task Force (IETF) and Human Rights*, in *Science and Engineering Ethics*, 2017, 449 ss. In materia, anche il report del Consiglio d'Europa, *Algorithms and Human Rights. Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications*, Council of Europe Publications, 2018. Si interroga sui limiti di un intervento umano sulla disciplina delle ricadute discriminatorie delle tecniche di intelligenza artificiale, P. ZUDDAS, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, cit., 14 ss.

[130] Interessante sottolineare come le tecniche di intelligenza artificiale siano utilizzato anche dalle agenzie che fanno capo alle Nazioni Unite soprattutto, ma non solo, nella selezione del personale. Un esempio interessante è offerto dal *software* utilizzato dall'Agenzia delle Nazioni Unite per i rifugiati, UNHCR, *Jetson tool*, per prevedere e stabilire il numero di rifugiati che arriveranno nei campi profughi della Somalia.

[131] Il testo integrale dello studio può essere letto al link: https://rm.coe.int/cahai-2020-23-final-eng-feasibility-study-/1680a0c6da.

e di approfondire le specificità della *AI-derived discrimination*, inquadrata nell'ambito della categoria dogmatica della *proxy discrimination* più che dalla prospettiva delle categorie classiche della discriminazione diretta ed indiretta[132].

Accanto all'attività del Comitato, che discute dell'adozione del primo trattato di diritto internazionale dei diritti umani in tema di intelligenza artificiale[133], si inserisce tutta una serie di provvedimenti di *soft law* approvati negli ultimi anni dal Consiglio d'Europa e che vanno dalla Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e nei sistemi ad esso connessi del 2018[134] sino alle più recenti linee guida in materia di riconoscimento facciale del gennaio 2021[135], che rappresenta uno dei terreni su cui più acceso è il dibattito, così come la proposta di vietare in radice l'impiego delle tecniche di IA in ragione dei risvolti discriminatori.

Più timidi, si sono, invece, rivelati gli interventi del legislatore dell'Unione Europea che, nonostante il GDPR[136], non si occupa esplicitamente della discriminazione "artificiale". La parola "discriminazione" ricorre, non a caso, solo una sola volta nel testo del Regolamento[137] e ad analoga sorte soggiacciono il plurale, "discriminazioni"[138], e il riferimento espresso a trattamenti "discriminatori"[139].

Più ampio e in accordo con le scelte degli estensori del Regolamento è, invece, lo spazio dedicato alla "profilazione"[140], che compare ben 22 volte e che costituisce, però,

---

[132] Il testo appare in linea con gli aspetti più salienti della fattispecie discriminatoria in esame, così come riassuntivamente descritti all'esito della Parte Prima di questo studio; si vedano, in particolare, il § 28 e ss.

[133] Il riferimento è al POLITICO AI Summit, 31 maggio 2021.

[134] La Carta è stata adottata il 3 e 4 dicembre 2018. Il testo integrale può essere letto al seguente link: https://rm.coe.int/carta-etica-europea-sull-utilizzo-dell-intelligenza-artificiale-nei-si/1680993348.

[135] Le linee guida sono state adottate il 28 gennaio 2021. Si rinvia al link: https://rm.coe.int/guidelines-on-facial-recognition/1680a134f3.

[136] 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)*. Il regolamento UE in tema di protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali costituisce il più avanzato impianto di norme che disciplinano la materia considerata.

[137] Così il punto n. 85 del *Considerando* dove si legge che: «[u]na violazione dei dati personali può, se non affrontata in modo adeguato e tempestivo, provocare danni fisici, materiali o immateriali alle persone fisiche, ad esempio perdita del controllo dei dati personali che li riguardano o limitazione dei loro diritti, discriminazione, furto o usurpazione d'identità, perdite finanziarie, decifratura non autorizzata della pseudonimizzazione, pregiudizio alla reputazione, perdita di riservatezza dei dati personali protetti da segreto professionale o qualsiasi altro danno economico o sociale significativo alla persona fisica interessata».

[138] Si veda il punto n. 75 del *Considerando*.

[139] Punto n. 71 del *Considerando*.

[140] Alla profilazione è dedicato l'art. 22 del GDPR, *Processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche, compresa la profilazione*, che riconosce all'individuo il diritto di opporsi a procedimenti di decisione automatizzata, fatta eccezione per tre ipotesi, cioè quando la profilazione: «sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento; sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento […]; si basi sul consenso esplicito dell'interessato». Sulle criticità della norma, si condividono le perplessità di P. ZUDDAS, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, cit., in particolare, 16 e ss., quanto al tema del consenso, di A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, cit. La profilazione è definita una «forma di trattamento automatizzato dei dati personali che valuta aspetti personali concernenti una persona fisica, in particolare al fine di analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze o gli interessi personali, l'affidabilità o il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti dell'interessato[140], ove ciò

solo una delle forme della discriminazione "artificiale", tanto da aver indotto la letteratura a riferirsi alla non discriminazione come «principio mancante»[141] nell'impianto del GDPR.

Il GDPR, quindi, non fornisce indicazioni né sul "se", sul "chi", né tantomeno sul "come" assoggettare ad un *corpus* di norme la discriminazione derivante dall'impiego delle tecniche di intelligenza artificiale. Il legislatore dell'Unione Europea si astiene, cioè, dal disciplinare il fenomeno della discriminazione " artificiale", così come non si occupa di istituire un raccordo coerente tra la nuova fenomenologia e le direttive di seconda generazione.

Maggiore sensibilità nei confronti delle implicazioni discriminatorie dell'intelligenza artificiale[142] emerge, invece, nella Risoluzione del Parlamento europeo del 20 gennaio 2021 *sull'intelligenza artificiale: questioni relative all'interpretazione e applicazione del diritto internazionale nella misura in cui l'UE è interessata relativamente agli impieghi civili e militari e all'autorità dello Stato al di fuori dell'ambito della giustizia penale*, che dimostra una più spiccata propensione nei confronti del fenomeno discriminatorio[143], trattando non solo sul dato esperienziale delle ricadute lesive dell'eguaglianza derivanti dal ricorso a processi di decisione automatizzata, ma enfatizzando la centralità che riveste la verifica del "come" «le tecnologie di IA ad alto rischio giungano a una decisione». Nella stessa direzione si inseriscono ulteriori snodi della Risoluzione, tra cui l'invito agli Stati membri ad assoggettare ad un controllo adeguato, umano, le decisioni delle pubbliche amministrazioni che poggiano su decisioni automatizzate in ragione del rischio di ricadute pregiudizievoli sui diritti individuali, tra cui la non-discriminazione. Importante anche il monito verso forme di regolamentazione che rispondano al principio di trasparenza, elevato a precondizione per uno scrutinio effettivo a tutela del diritto al giudice[144].

Degna di nota è, infine, la recente proposta di regolamento del 21 aprile 2021, *Proposal for a Regulation laying down harmonised rules on artificial intelligence*[145], che

produca effetti giuridici che la riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona», così l'art. 4 del GDPR, *Definizioni*, che riprende il punto n. 71 del *Considerando*.

[141] Così A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., 84.

[142] Prima della Risoluzione, l'Unione Europea si era già mossa con specifico riferimento al fenomeno della intelligenza artificiale. Si richiamano, in questa sede, il Libro Bianco sull'Intelligenza, del 19 febbraio 2020, e gli Orientamenti etici per un'IA affidabile del Gruppo di esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale, consultabile al link: https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai.

[143] Nella letteratura costituzionalistica, insiste sulla necessità che i parametri con cui valutare il fenomeno dell'intelligenza artificiale siano i principi cardine su cui si fonda, anzitutto, la Costituzione, ma anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, così come, a volersi limitare alla dimensione sovranazionale continentale, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo B. CARAVITA, *Principi costituzionali e intelligenza artificiale*, cit., 461 ss.

[144] Cfr. punto n. 52. Sul tema della trasparenza, si veda anche il successivo punto n. 62.

[145] Il testo integrale può essere letto al link: https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/proposal-regulation-laying-down-harmonised-rules-artificial-intelligence. Tra gli aspetti cruciali della proposta, può ricordarsi l'enfasi posta sul concetto di *human oversight*, a cui è dedicato l'art. 14, e, ancora costruzione di un meccanismo di *governance* incardinato su un complesso reticolo di relazioni tra nuovi corpi intermedi

palesa una maggiore sensibilità verso la discriminazione algoritmica, sebbene l'approccio non appaia preordinato ad una sua tipizzazione e alla enucleazione di meccanismi alternativi a quelli vigenti.

L'impostazione, che traspare dal *memorandum* esplicativo, non isola la discriminazione "artificiale" da quella classica, ma si limita ad affermare che la proposta *completa* le misure già apprestate dal diritto anti-discriminatorio euro-unitario, chiarendo che l'obiettivo della proposta è minimizzare i rischi legati alla discriminazione algoritmica[146] in relazione a tutte le fasi della ideazione e della messa in funzione delle tecniche di intelligenza artificiale; una scelta, quindi, importante e che valorizza la centralità dei meccanismi di realizzazione della *AI-derived discrimination*[147] .

La proposta di regolamento è, poi, meritoria per aver delineato le aree maggiormente a rischio di generare effetti discriminatori[148], evidenziando, contestualmente, quali sono le tecniche di IA potenzialmente più lesive per i diritti fondamentali.

In definitiva, la proposta di regolamento sembra "prendere sul serio" la discriminazione algoritmica.

Desta, invece, qualche perplessità l'assenza di riferimenti espliciti al *corpus* normativo in materia di non-discriminazione, così come alle categorie classiche del diritto anti-discriminatorio. La proposta, si dice, *completa* lo strumentario esistente, ma non chiarisc fino in fondo come le regole delineate integrano e andranno ad innestarsi su quelle delle direttive degli anni 2000 nonché sulle rispettive normative attuative degli Stati membri.

Occorrerà, quindi, verificare, in caso di definitiva approvazione ed entrata in vigore della proposta di regolamento ed alla luce dei casi concreti, come reagiranno le norme e come risponderà il diritto dell'Unione ad una discriminazione che rimane "nuova" per tutte le ragioni già descritte.

10.2. … *e il "come"*

Il "come" disciplinare la discriminazione "artificiale" interroga sulla effettiva utilizzabilità delle norme di diritto positivo vigenti anche per il contrasto della prima e su

istituiti dalla proposta tra Unione e Stati membri, su cui si vedano le norme di cui al Titolo VI della proposta di regolamento.

[146] La proposta suggerisce una graduazione delle tecniche di IA in dipendenza del rispettivo grado di rischio, assoggettandole a regole differenziate. Si vedano i Titoli II e III, rispettivamente dedicati alle *Prohibited Artificial Intelligence Practices* e ai *High-Risk AI Systems*.

[147] Cfr. punto n. 1.2., 4.

[148] Schematicamente, la proposta di regolamento fa riferimento a: «AI systems providing social scoring of natural persons for general purpose by public authorities or on their behalf» (17); sistemi di intelligenza artificiale che operano nei settori della sanità e della sicurezza (28); dell'istruzione (35); del lavoro (36); dell'accesso e del godimento di servizi pubblici e privati (37); della giustizia, specie penale, con particolare riferimento alla sorveglianza, alla fase esecutiva delle sanzioni (38). In analogo contesto, si colloca la recente notizia, riportata dalla stampa, del divieto imposto dall'Unione Europa opposto all'utilizzo delle tecniche di riconoscimento facciale nei luoghi pubblici.

quali strumenti legislativi potrebbero essere impiegati allo scopo di intervenire sul funzionamento delle tecniche di intelligenza artificiale, in quali fasi, con quali limiti.

La prima questione si ritiene di più agevole soluzione.

Le teorie della discriminazione diretta ed indiretta non si attagliano a quella "meccanica", prodotto di decisioni automatizzate, per la descritta eterogeneità tra fattispecie che si risolve, a monte e per la già menzionata interposizione della macchina, nell'ardua collocazione delle nuove forme di discriminazione entro le tipologie classiche, tanto che la dottrina converge nel senso della inadeguatezza del diritto anti-discriminatorio di derivazione euro-unitaria a rispondere alle specificità della *AI-derived discrimination*.

Se si guarda, ad esempio, alla discriminazione diretta, il legislatore dovrebbe soffermarsi sulla diversa o alternativa costruzione del requisito della intenzionalità che scolorisce al cospetto di condotte, parzialmente ovvero integralmente, imputabili alla macchina, decidendo dove risieda la volontarietà, centrale per la definizione come diretta della disparità di trattamento per le norme vigenti e di così complessa ricostruzione dall'angolo prospettico della discriminazione algoritmica. Ancora, sarebbe doveroso ragionare dei confini tra intenzionalità e conoscibilità, valutando (sarebbe possibile?) uno spostamento della responsabilità individuale in capo al programmatore, magari affetto da un pregiudizio implicito, ma anche all'utilizzatore finale dell'algoritmo, cioè il datore di lavoro[149], l'istituto di credito, l'autorità giudiziaria, anche in presenza di una mera conoscenza del carattere discriminatorio della macchina.

Un altro esempio di scollamento tra il sistema di diritto anti-discriminatorio tradizionale e la "discriminazione artificiale" si coglie in relazione al *proxy*. La predeterminazione di quali siano gli elementi che fungono da *proxy* nella *AI-derived discrimination* da parte del legislatore, secondo elenchi accostabili a quelli di cui all'art. 3, comma 1, Cost., ovvero di altre Carte costituzionali nazionali o trattati sovranazionali, oltre il rapporto da ricostruire con questi ultimi, pare opzione difficilmente percorribile: gli aspetti predittivi di appartenenza individuale sono potenzialmente ben superiori in numero ai fattori di discriminazione classici; la loro selezione pare affetta da un forse troppo elevato tasso di discrezionalità in difetto di criteri che possano orientarne in modo univoco e rispettoso dei principi di legalità e di certezza del diritto la identificazione e la successiva positivizzazione; rinvenire un consenso su quali essi siano appare da ultimo particolarmente complesso, pur rimanendo fondamentale nel contesto delle sempre più strette relazioni tra livelli di tutela.

Il secondo quesito, invece, è più complesso e, per alcuni profili, supera il recinto dell'analisi che si propone. Si ritiene, però, interessante offrire qualche spunto.

Il primo riguarda la scelta in favore del necessario coinvolgimento della persona nel governo dell'intelligenza artificiale. La *ratio* di un'eventuale traduzione legislativa della disciplina della discriminazione algoritmica dovrebbe, quindi, muovere da un approccio all'intelligenza artificiale che non la renda sostitutiva, bensì collaterale e di

[149] Approfondisce le relazioni tra intelligenza artificiale e diritto del lavoro S. MAINARDI, *Intelligenze artificiali e diritto del lavoro*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti. L'etica*, cit., 363 ss.

supporto all'azione umana. Su questo, si precisa, inoltre, che l'ausilio della tecnica non dovrebbe comunque mai risolversi nella delegazione alla macchina di funzioni, o meglio, di abilità solo umane, di cui la citata meta-cognizione rappresenta una delle capacità più significative.

L'avallo di un'impostazione incardinata sul protagonismo della persona implica, quale secondo aspetto, che dovrebbe verificarsi la possibilità che l'intervento di regolamentazione possa svilupparsi lungo tutte le scansioni logico-temporali[150] che presiedono alla costruzione dell'algoritmo[151], incluse le fasi dell'aggiornamento e dell'inquinamento dei dati.

Un terzo spunto riguarda, invece, gli effetti delle condotte derivanti dalla discriminazione algoritmica. Appare utile enfatizzare che la distinzione meno netta tra le teorie della discriminazione diretta e indiretta non si risolve solo nella loro inutilizzabilità in punto di disciplina della discriminazione algoritmica. Piuttosto, la dedotta difficoltà di agganciare quest'ultima all'una oppure all'altra categoria potrebbe essere superata laddove il legislatore scegliesse di disinteressarsi della prospettiva definitoria per "limitarsi" a qualificare come discriminatoria ogni condotta suscettibile di produrre effetti forieri di una differenziazione irragionevole, ripiegando cioè sui soli criteri del *disparate impact*.

Questa opzione avrebbe il pregio di focalizzare l'attenzione sulla dimensione oggettiva, agevolando la reazione dell'ordinamento soprattutto di fronte alla prova della disparità di trattamento che sarebbe soddisfatta dalla sola dimostrazione di una distinzione di trattamento non sorretta da alcuna giustificazione oggettiva e ragionevole anche sulla base di evidenze statistiche, senza dover ricercare evidenze dell'intento discriminatorio. Sotto altro versante, tuttavia, l'oscuramento della dimensione soggettiva, legata cioè alla intenzionalità dell'agente, potrebbe comportare il rischio di favorire la costruzione di norme rigide che poggiano su presunzioni e automatismi lesivi del principio costituzionale di ragionevolezza.

Norme siffatte, inoltre, male si concilierebbero con l'impostazione che esige la valorizzazione della persona umana nel processo di funzionamento delle tecniche di intelligenza artificiale ed esporrebbero a tensione il principio di autodeterminazione individuale, che dovrebbe viceversa rimanere centrale laddove ci si proponga di studiare strategie di accertamento della responsabilità del singolo, appunto.

[150] Su cui si rinvia, *supra*, Parte Prima.

[151] In tema, P. ZUDDAS, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, cit., riferisce invece di due dimensioni di cui il legislatore dovrebbe tenere conto. L'A. osserva, in proposito, che: «[i] possibili effetti discriminatori prodotti dalle decisioni algoritmiche possono essere mitigati anche attraverso una disciplina che operi non soltanto, per così dire, 'a monte' (nei termini finora illustrati) rispetto a tali decisioni, ma anche 'a valle', richiedendo un intervento umano di controllo che consenta di individuare e correggere le eventuali distorsioni generate dall'intelligenza artificiale», 15.

11. *Il giudice*

11.1. *Le criticità di ordine teorico: l'accesso alla giustizia*

Appurata l'inesistenza di norme che integrino la disciplina in materia di diritto anti-discriminatorio vigente oppure, come sembrerebbe preferibile laddove si opti per la regolamentazione del fenomeno, che isolino la discriminazione "artificiale" valorizzandone la tipicità sia dal lato oggettivo che soggettivo, si tratta ora di soffermarsi sulle relazioni tra il giudice e la nuova fenomenologia discriminatoria intrecciando alcuni profili teorici all'analisi della giurisprudenza, invero scarna, formatasi sul continente europeo.

Il ridotto numero di casi evoca un problema antico ma comune al fenomeno discriminatorio sin dai suoi albori.

L'accesso al giudice da parte della vittima rappresenta, infatti, una criticità persistente dei sistemi di diritto anti-discriminatorio e, nel caso della discriminazione "artificiale", soffre di due elementi aggiuntivi. Da un lato, l'accesso alla giustizia tende ad acuirsi al cospetto di fenomenologie discriminatorie sconosciute oppure poco indagate e normate; dall'altro, la circostanza che le tecniche di intelligenza artificiale discriminano in modo proporzionalmente maggiore individui appartenenti a categorie già discriminate, ne accentua la condizione di vulnerabilità.

A questo, e sempre nella prospettiva soggettiva, si aggiunge l'ulteriore aspetto della carenza di consapevolezza, da parte della vittima, della propria affiliazione ad un gruppo inciso dalle tecniche di intelligenza artificiale, che pregiudicherà la stessa percezione dell'essere vittima di trattamenti discriminatori ostando all'esercizio del diritto al giudice.

Non si riscontra, però, soltanto un problema di accesso alla giustizia.

Ad esso si affiancano la effettiva accertabilità, prima, e sanzionabilità, poi, della condotta discriminatoria, che largamente dipendono da come sono scritte le norme. Criticità destinate ad acuirsi per la discriminazione legata all'impiego delle tecniche di intelligenza artificiale che, in difetto di norme specifiche, vede aggravarsi non soltanto la fase di accesso alla giustizia, ma anche le successive di accertamento e di sanzione della condotta discriminatoria[152].

[152] Illustrano esemplificativamente le difficoltà che si insinuano nella fase di accertamento giurisdizionale dell'effetto discriminatorio delle tecniche di intelligenza artificiale alcuni casi giurisprudenziali statunitensi e canadesi relativi all'impiego dei *evidence-based risk assesment tools*, diffusi nell'esperienza d'oltreoceano almeno dal 2004, quando la Conferenza giudiziaria degli Stati Uniti, deputata ad adottare le linee di indirizzo del sistema giudiziario federale, ha optato per l'adozione su larga scala di sistemi automatizzati ai fini della concessione di provvedimenti di *parole*, nonché nelle fasi che precedono l'avvio del procedimento giurisdizionale. Ne dà conto A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., 72 che ricorda, a titolo di esempio, che nel 2017 lo Stato del Massachussets ha addirittura adottato una normativa che impone il ricorso a titolo obbligatorio agli strumenti automatizzati di *assessements-risk* nelle fasi di *pretrial*. Offre un approfondimento, aggiornato però al mese di giugno 2018, degli strumenti automatizzati adottati dalle Corti federali statunitensi il rapporto *Administrative Office of the United States Courts Probation and Pretrial Services Office. An Overview of the Federal Post Conviction Risk Assessment*, che può essere letto integralmente al link: https://www.uscourts.gov/sites/default/files/overview_of_the_post_conviction_risk_assessment_0.pdf.

Quanto ai casi, il riferimento è alla decisione del 2018 del New York State Trial Court che ha stabilito che la richiesta e l'ottenimento dei dati impiegati dai sistemi algoritmici di polizia predittiva utilizzati dal

11.2. (Segue) *l'individuazione del soggetto responsabile*

Se si volge lo sguardo alla fase preposta all'accertamento giurisdizionale del carattere discriminatorio della tecnica di intelligenza artificiale, si osserva come questa sconta alcuni problemi che investono, anzitutto, l'individuazione del soggetto, pubblico o privato, responsabile della condotta discriminatoria[153].

Un primo aspetto attiene alla scelta tra chi ha costruito l'algoritmo e chi lo ha impiegato nell'esercizio delle proprie funzioni. Ci si chiede – come già incidentalmente nella prima parte del lavoro, laddove si discuteva dei confini tra conoscibilità e intenzionalità in relazione alla categoria della discriminazione diretta – se responsabile e, se sì, a quali condizioni, debba oppure possa esserlo: chi ha programmato l'algoritmo; chi ha utilizzato l'algoritmo; oppure, ancora, se possano esservi delle commistioni, cioè ipotesi di corresponsabilità addebitabili ad entrambi i soggetti, siano essi pubblici o privati.

Il tema della individuazione del soggetto responsabile riflette molte delle criticità che caratterizzano il funzionamento della tecnica di intelligenza artificiale nei suoi

---

New York City Police Department sono legittimi nell'ambito di un procedimento giurisdizionale che aveva ad oggetto la verifica del carattere discriminatorio a sfondo etnico-razziale di alcune misure restrittive adottate dalla polizia sulla base di un algoritmo. La pronuncia, caso *Brennan Center for Justice v. New York City Police Departmnet*, n. 160541/2016, può essere letta al link: http://www.nycourts.gov/reporter/pdfs/2017/2017_32716.pdf. Ancora, può richiamarsi la famosa vicenda decisa nel 2013 dalla Corte Suprema dello Stato del Wisconsin nel caso *Loomis* relativa all'impiego del software COMPAS, il cui testo può essere letto al link: https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2019/04/Supreme-Court-of-Wisconsin.pdf. Per l'analisi del funzionamento di COMPAS si veda: https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm. Per un commento critico alla sentenza si veda *Harvard Law Review*, 2017, 1530 ss. In tema, si ricorda che il dibattito sulle criticità legate ai sistemi automatizzati preposti alla valutazione del rischio si è intensificato a seguito della pubblicazione, nel 2016, dell'articolo di J. ANGWIN, J. LARSON, S. MATTU, *Machine Bias: There's Software Used across the Country to Predict Future Criminals. And It's Biased against Blacks*, in *ProPublica*, il 23 maggio 2016; nell'ambito della letteratura nazionale, si veda S. CARRER, *Se l'amicus curiae è un algoritmo: il chiacchierato caso Loomis alla Corte Suprema del Wisconsin*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 1 ss. Sulle difficoltà di accertamento della discriminatorietà degli algoritmi si rinvia, in particolare, a R.M. O'DONNELL, *Challenging Racist Predictive Policing Algorithms under the Equal Protection Clause*, cit., 574 ss. Da ultimo, si segnala, anche, la pronuncia resa dalla Corte Suprema sul caso *Texas Department of Housing & Community Affairs v. Inclusive Communities Project, Inc*., in tema di assegnazione di alloggi in base ad una tecnica di intelligenza artificiale. Per un commento, si rinvia a L. RODRIGEZ, *All data is not credit data: closing the gap between the fair housing act and algorithmic decisionmaking in the lending industry*, in *Columbia Law Review*, 2020, 1843 ss.

Sul versante canadese, si veda il caso *Ewert c. Canada*, 13 giugno 2018, SCC 30, [2018] 2 S.C.R. 165, primo caso di discriminazione algoritmica deciso da una Corte Suprema, che riguardava un uomo, detenuto in un centro di detenzione federale ed appartenente alla comunità indigena dei *Métis*, che lamentava il carattere discriminatorio degli strumenti informatici utilizzati dal *Correctional Service of Canada* (CSC) allo scopo di stabilire il livello di pericolosità sociale dei detenuti. Richiama la pronuncia L. GIACOMELLI, *Big brother is «gendering» you. Il diritto antidiscriminatorio alla prova dell'intelligenza artificiale: quale tutela per il corpo digitale?*, cit., 284 ss.

[153] Non ci si occuperà, invece, delle criticità che riguardano il giudice nell'esercizio delle sue funzioni con riferimento ai principi di autonomia e di indipendenza potenzialmente incisi dalle tecniche di intelligenza artificiale. Per questi aspetti, si vedano N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2019.

rapporti con l'azione umana. Tanto più la macchina si distanzia dal controllo e dalla supervisione della persona, tanto più quest'ultima difficilmente potrà essere considerata responsabile di una condotta discriminatoria che derivi dalla condotta della prima. La questione concerne, quindi, sia l'identificazione del soggetto a cui addebitare responsabilità da accertare in sede giurisdizionale, ma anche e prima, la ricerca dell'intervento umano cui addebitare la discriminazione.

L'ipotesi più semplice è quella del *masking*, che richiede la dimostrazione della intenzionalità, cioè del *bias* non implicito, del programmatore, che potrà emergere ad esempio dalla selezione dei dati, nonché dal collegamento tra l'intento discriminatorio e, di regola, il suo effetto. Qualora alla *voluntas* discriminatoria del programmatore, che costruisce la macchina *per* discriminare, si affianchi anche quella di colui che la impiega, si tratterà di stabilire se la responsabilità censurabile in sede giurisdizionale sia solo del primo ovvero anche del secondo. Si verserà nella seconda ipotesi qualora il secondo utilizzi l'algoritmo anch'egli *per* discriminare; più complesso, invece, il caso in cui quest'ultimo sia a conoscenza dei rischi potenzialmente discriminatori della tecnica di intelligenza artificiale ma scelga di utilizzarlo ugualmente pur non volendo discriminare[154].

Oltre il *masking*, la casistica diviene più intricata perché da un lato, la discriminazione che deriva dalle tecniche di intelligenza artificiale si allontana dalle categorie della discriminazione diretta e indiretta[155]. Dall'altro, la ricerca del soggetto a cui addebitare la responsabilità presuppone la capacità di individuare la causa del funzionamento discriminatorio della macchina, spesso ignota e prodotto di numerosi passaggi e di una serie altrettanto numerosa di concause, umane ed artificiali insieme.

Le stesse difficoltà che si riscontrano nel comprendere come discrimina la macchina si riflettono, quindi, anche nella fase preposta alla individuazione del soggetto da ritenersi responsabile della discriminazione.

Naturalmente, come insegna l'esperienza statunitense, laddove si tratti di tecniche di intelligenza artificiale impiegate dal pubblico ministero oppure dal giudice nel quadro di meccanismi di polizia oppure di giustizia predittiva, l'azione giudiziaria è stata promossa nei confronti dello Stato e non dell'azienda che aveva costruito l'algoritmo. In tutti questi casi, e a prescindere dalla tipologia di discriminazione in esame, potrebbe sostenersi la tesi secondo cui la responsabilità risiede laddove l'algoritmo diviene realtà, ossia produce effetti concreti collegati al suo utilizzo discriminatorio[156]. Questa è la tesi che presuppone un addebito di responsabilità in capo al soggetto pubblico a fronte dell'esistenza di un collegamento stretto tra l'azienda privata committente e il beneficiario, ad eccezione dell'ipotesi sopra descritta del *masking* che non reciderebbe la responsabilità della prima.

---

[154] È il caso di cui riferiscono S. BAROCAS, A.D. SELBST, *Big data disparate impact*, cit.

[155] Ad esempio, per la discriminazione diretta, la prova della intenzionalità dell'agente e l'individuazione di una condotta che sia esplicitamente fondata su uno dei fattori di discriminazione classici; per quella indiretta, la prova dell'effetto ma non invece della dimensione soggettiva, cioè della intenzionalità del soggetto agente e, al contempo, l'apparente neutralità della regola da cui si sostiene promani la discriminazione.

[156] In questo senso, R.M. O'DONNELL, *Challenging Racist Predictive Policing Algorithms under the Equal Protection Clause*, cit., 577.

In ogni caso, l'insieme delle problematicità evidenziate potrebbe trovare una risposta adeguata se si decidesse di garantire piena effettività al diritto individuale alla spiegazione, cioè a consentire al singolo e alla collettività di essere informati e di conoscere come funziona la tecnica di intelligenza artificiale[157]. Il *right to an explanation*[158] potrebbe, così, ovviare ad alcuni ostacoli che si frappongono alla ricerca del *bias* e, in definitiva, sopperire al *vulnus* esistente in punto di individuazione e di verifica della sussistenza di responsabilità, individuali e collettive, legate all'intelligenza artificiale tramite il disvelamento dei suoi meccanismi di azione.

11.3. (Segue) *e la prova della disparità di trattamento*

Si affiancano alle questioni descritte quelle che interessano la prova del carattere discriminatorio della tecnica di intelligenza artificiale.

I problemi, svariati, variano in dipendenza dello schema teorico – *disparate treatment* oppure *disparate impact* – a cui si associa la doglianza lamentata davanti al giudice, impiegando gli strumenti del diritto anti-discriminatorio classico.

Quanto alla discriminazione diretta, la questione principale concerne la dimostrazione dell'intento discriminatorio, poichè raramente le tecniche di intelligenza artificiale distinguono in base a fattori di discriminazione tradizionali. Altrettanto difficile è appurare che la macchina sia stata intenzionalmente programmata per discriminare. Le difficoltà legate alla prova del *discriminatory intent* seguono quelle dell'individuazione del soggetto agente e sono ulteriormente complicate dal pregiudizio implicito, che costituisce allo stesso tempo tratto caratterizzante della fattispecie discriminatoria e causa della sua non inquadrabilità dogmatica e non sanzionabilità come discriminazione diretta.

Un altro aspetto attiene alla qualità individuale in base al quale la tecnica di intelligenza artificiale distingue, cioè al *proxy.* Si tratterà di individuare quest'ultimo dando prova dell'esistenza della sua correlazione diretta con un elemento identificativo di una categoria protetta.

Non fosse per le conclusioni affatto diverse, il ragionamento muta allorché si ritenga che la fattispecie presenti i caratteri della discriminazione indiretta. In questo caso, si tratterà accertare che l'effetto e non anche l'intento sia discriminatorio. Lo spostamento dalla dimensione soggettiva, la prova della intenzionalità dell'agente, a quella oggettiva, la dimostrazione dell'effetto discriminatorio, sembrerebbe favorire strategie processuali

[157] Per comprendere che cosa si intenda per "spiegazione" con riferimento ai sistemi di decisione automatizzata, S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017.

[158] Interessa in materia ricordare che il GDPR non contempla il diritto ad una spiegazione nemmeno quando fa riferimento alla profilazione. In letteratura, si vedano, diffusamente, S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, cit., che riferiscono piuttosto dell'esistenza di un «limited right to be informed". In tema, anche, M. BRKAN, *Do Algorithms Rule the World? Algorithmic Decision-Making in the Framework of the GDPR and Beyond*, in *International Journal of Law and Information*, 2019, 91 ss.

che leggano la discriminazione algoritmica sempre come discriminazione indiretta, così da ovviare alle delineate difficoltà probatorie.

E, tuttavia, la discriminazione che deriva dalle tecniche di intelligenza artificiale difetta di quella anche solo apparente neutralità che invece connota, come visto, la nozione classica di discriminazione indiretta. Il *proxy* agisce spesso quale fattore di discriminazione vero e proprio poiché fa perno su qualità individuali predittive dell'appartenenza a categorie protette sì da rendere recessiva anche la distinzione tra fattore di discriminazione ed elemento puramente predittivo dell'appartenenza alla categoria protetta.

Tanto nella ipotesi in cui si faccia ricorso alla categoria della discriminazione diretta, tanto a quella indiretta, le difficoltà di accertamento si irrobustiscono non solo per effetto del ricorrente difetto di accesso ai dati ed al meccanismo di funzionamento dell'algoritmo, ma soprattutto perché la rigida bipartizione discriminazione diretta / indiretta male si concilia con i tratti peculiari di quella "artificiale".

Le criticità legate alla fase di accertamento confermano, quindi, l'impossibilità di assoggettare la discriminazione algoritmica all'una ovvero all'altra categoria, dimostrandosi piuttosto preferibile valorizzare le specificità della *proxy discrimination*, il ruolo del *proxy* e del pregiudizio implicito, non costituendo l'avallo piano dello schema della discriminazione indiretta idoneo a sopperire alle osservate difficoltà di accertamento[159].

11.4. … *come risolverle*

Oltre le gli aspetti di ordine teorico, interessano le soluzioni che si stanno affacciando sulla scena globale e che si distinguono in due tipologie di intervento: del diritto e della tecnica.

Alla prima fanno capo le elaborazioni teoriche, che ricercano principi generali – il *right to know*, la trasparenza[160], l'accesso ai dati – a cui assoggettare le aziende che programmano tecniche di intelligenza artificiale, così come i loro utilizzatori finali.

---

[159] Così R.M. O'DONNELL, *Challenging Racist Predictive Policing Algorithms under the Equal Protection Clause*, cit.

[160] Si tratta di un tema particolarmente importante quando le tecniche di intelligenza artificiale sono impiegate nel settore pubblico e da enti pubblici e istituzioni. L'esperienza comparata offre alcuni esempi virtuosi. Si segnala l'esperienza delle città di Amsterdam (https://algoritmeregister.amsterdam.nl/en/more-information/) e di Helsinki (https://ai.hel.fi/en/get-to-know-ai-register/) che hanno reso pubblico l'elenco degli strumenti di intelligenza artificiale impiegati e, in senso analogo, può richiamarsi anche il caso della città di New York. Interessante è la presentazione della piattaforma sviluppata dalla città di Helsinki dove si legge: «AI Register is a window into the artificial intelligence systems used by the City of Helsinki. Through the register, you can get acquainted with the quick overviews of the city's artificial intelligence systems or examine their more detailed information based on your own interests. You can also give feedback and *thus participate in building human-centred AI in Helsink* [corsivo aggiunto]". Con riferimento al caso statunitense, merita uno sguardo il rapporto redatto dal *Algorithms Management and Policy Officer (AMPO)* nel 2020, allo scopo di mappare le istituzioni che fanno uso di tecniche di intelligenza artificiale, catalogarle, rendere trasparente l'obiettivo perseguito dalla macchina ed il suo funzionamento. Il testo è consultabile al link: https://www1.nyc.gov/assets/ampo/downloads/pdf/AMPO-CY-2020-Agency-Compliance-Reporting.pdf.

Sull'altro *cotè* si muove, invece, la tecnica allo scopo di costruire strumenti di supervisione, di c.d. *algorithmic auditing*[161], che dovrebbero colmare l'«*accountability gap*»[162] delle tecniche di intelligenza artificiale, testandone il buon funzionamento in termini di *fairness* e di assenza di *bias*. In proposito, ci si limita a rilevare le criticità che discendono dalla scelta di demandare ad un secondo sistema, anch'esso artificiale, il compito di supervisionare il funzionamento di tecniche di intelligenza artificiale. Il controllo sarebbe, infatti, devoluto ancora una volta ad un sistema che vede solo una compartecipazione umana. Ancora una volta e anche in questo caso, si renderebbe cioè necessario verificare in che misura si costruisce il rapporto tra la persona e questa modalità di controllo del funzionamento dell'algoritmo e interrogarsi, a monte, sulla stessa possibilità non solo di controllare gli algoritmi ma, ed è questo il punto cruciale, che tale compito possa realmente essere assolto da una persona.

Si torna, così, al tema dei limiti della persona al cospetto della tecnologia e dell'esigenza di tracciare una linea di equilibrio tra i due, che non si risolva nell'esautoramento della prima dall'*agere* della seconda.

12. *Uno sguardo ai primi casi giudiziari tra Italia ed Europa*

Quanto ai casi, si assiste, anzitutto, ad accertamenti che reagiscono alla discriminazione algoritmica tentando di ricondurla entro i binari del diritto anti-discriminatorio classico[163].

In questa prospettiva, si inserisce la decisione del Tribunale di Bologna sul caso "Deliveroo"[164] che riguardava il meccanismo automatico di accesso, prenotazione e

[161] In tema, interessante richiamare che l'esigenza di sottoporre a controllo le tecniche di intelligenza artificiale, tramite meccanismi di *auditing*, è stata di recente sollecitata negli Stati Uniti da alcuni componenti del Congresso che hanno scritto una lettera ad alcuni Chief Officers di aziende *leader* nell'impiego delle tecniche di intelligenza artificiale (YouTube, Alphabet Inc., Google). Il testo integrale della lettera, datata 4 giugno 2021, è consultabile al link: https://clarke.house.gov/clarke-schakowsky-and-colleagues-pen-a-letter-to-google-demanding-an-audit-on-racial-equity/.

[162] Si rinvia allo studio di C. WILSON et al., *Building and Auditing Fair Algorithms: A Case Study in Candidate Screening*, 2021, https://evijit.github.io/docs/pymetrics_audit_FAccT.pdf.

[163] Nelle more della presenta ricerca, sono sopraggiunte due ordinanze del Garante per la protezione dei dati personali del 10 giugno 2021 e del 22 luglio 2021 che si hanno dato applicazione all'art. 22 del GDPR in tema di profilazione.

[164] Tribunale di Bologna, ordinanza del 31 dicembre 2020. A commento, D. TESTA, *La discriminazione degli algoritmi: il caso Deliveroo, Trib. Bologna, 31 dicembre 2020*, in *IusinItinere.it*, 26 gennaio 2021. Un altro caso da segnalare, sebbene non direttamente incentrato sulla dimensione discriminatoria, è offerto dalla sentenza del Tribunale Amministrativo del Lazio, Sez. III *bis* n. 3769 del 2017 in relazione all'impiego di un *software*, incaricato di stabilire la sede di assegnazione di ciascun/a docente. A commento di questa seconda pronuncia, I. FORGIONE, *Il caso dell'accesso al software MIUR per l'assegnazione dei docenti - T.A.R. Lazio Sez. III bis, 14 febbraio 2017, n. 3769*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2018, 647 ss.; L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo, amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Foro Amministrativo*, 2018, 1598 ss. Sullo stesso caso, anche la successiva pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 2270 del 2019. In senso analogo e sempre in tema di conoscibilità e trasparenza dell'algoritmo, si vedano, sempre del Tribunale Amministrativo del Lazio, le sentenze n. 9224, n. 9225, n. 9226, n. 9227, n. 9228, n. 9229 e n. 9230 del 2018. Per un commento in prospettiva comparata con l'esperienza tedesca, si rinvia a N. FIANO, *La robotizzazione delle decisioni amministrative e della decisione giudiziale. Problematiche di diritto costituzionale in chiave comparata con la Germania*, in corso di pubblicazione, relazione svolta in occasione del seminario, organizzato dall'associazione "Gruppo di Pisa",

cancellazione delle sessioni di lavoro da parte dei *riders* impiegati dalla società. Il *software* non consentiva, tra le altre cose, la cancellazione della prenotazione indipendentemente dalla ragione addotta dal lavoratore, che si vedeva pregiudicata la scelta del turno successivo anche qualora quest'ultima fosse stata motivata da ragioni connesse all'esercizio di diritti di rilievo costituzionale, come, in quel caso, il diritto di sciopero.

Nella sua decisione, il giudice ha censurato la "cecità" della macchina, ritenendo integrati gli estremi della discriminazione indiretta, escludendo qualsiasi intenzionalità e conoscibilità da parte di Deliveroo del funzionamento discriminatorio del *software*. Ipotesi, invero, poco probabile, tanto che meglio avrebbe potuto delineare i contorni della discriminazione censurata la citata fattispecie del *masking* oppure della *proxy discrimination*.

Interessa, però, rilevare, accanto alla qualificazione della condotta come indirettamente discriminatoria, la scelta del giudice di identificare il soggetto responsabile con l'utilizzatore finale della macchina, escludendo quindi il programmatore, condividendo opzioni già peraltro avallate dal giudice amministrativo[165].

Accanto alla scelta di interpretare unitariamente programma e utilizzatore, vi è un altro aspetto che merita di essere sottolineato. Si è detto che il Tribunale di Bologna qualifica la fattispecie come discriminazione indiretta. Il giudice fa perno però non solo sulla formulazione solo apparentemente neutra della regola e sull'effetto discriminatorio (*disparate*) della condotta, ma vi affianca l'elemento della conoscibilità, cioè ritiene che Deliveroo Italia fosse a conoscenza del funzionamento della piattaforma in senso lesivo dell'eguaglianza dei lavoratori. Non arriva a dire che parte convenuta "voleva" discriminare, non era questo il caso, e tuttavia chiama in causa un elemento soggettivo riferibile alla *voluntas* dell'agente. Ci dice, cioè, che Deliveroo sapeva che la piattaforma discriminava, ma che se ne è disinteressata. Questa commistione tra elementi oggettivi e soggettivi è interessante perché sfuma la distinzione tra discriminazione diretta e indiretta confermando la tesi della tipicità della discriminazione "artificiale"[166].

Diritto e nuove tecnologie tra comparazione e interdisciplinarità, 26 marzo 2021. Sul tema del ruolo assolto dall'algoritmo nell'ambito della giustizia amministrativa, C. NAPOLI, *Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria*, in *Rivista AIC*, 2020, 318 ss.; N. MUCIACCIA, *Algoritmi e procedimento decisionale: alcuni recenti arresti della giustizia amministrativa*, in *Federalismi.it*, 2018, 1 ss.

[165] Nonostante si tratti di due casi differenti, è però interessante richiamare quanto affermato dal Tribunale Amministrativo del Lazio nel caso sopra citato sulla mobilità degli insegnanti, nella parte in cui indugia sulle relazioni tra *software* e utilizzatore e, in particolare, si sofferma sulla natura del primo. Afferma, così, il giudice amministrativo: «è con il software che si concretizza la volontà finale dell'amministrazione procedente che costituisce, modifica o estingue le situazioni giuridiche individuali anche se lo stesso non produce effetti in via diretta all'esterno. Il software finisce per identificarsi e concretizzare lo stesso procedimento». La identificazione suggerita tra la macchina e l'uomo potrebbe essere utilmente valorizzata nella prospettiva del superamento delle criticità in punto di accertamento della responsabilità della condotta, nel quadro di questo studio, di tipo discriminatorio. Allo stesso tempo, però, questa lettura non tiene, forse, in adeguato conto che l'azione umana si inserisce anche a monte, cioè nella fase di programmazione del programma, cosa che sconsiglierebbe una piana identificabilità tra macchina e utilizzatore finale.

[166] Si precisa, tuttavia, che il diritto anti-discriminatorio a livello europeo sta iniziando a conoscere e a scrutinare ipotesi di discriminazione indirette intenzionali, attestando, cioè la ricorrenza di una discriminazione indiretta anche in presenza di un intento discriminatorio. Si tratta di un'interpretazione che

In altri casi, e volgendo lo sguardo al panorama europeo, più che sindacare la disparità di trattamento e soffermarsi sulla tipologia di discriminazione, i giudici hanno sanzionato la non conoscibilità del funzionamento del sistema da parte dell'utilizzatore finale.

Così, nel caso deciso dalla Corte distrettuale dell'Aja[167] nel marzo del 2020, con riferimento ad una tecnica di intelligenza artificiale, "SiRI" (*Systeem Risicoindicatie*), utilizzata dal governo dei Paesi Bassi per identificare alcune forme di frode ai danni della pubblica amministrazione, ritenuta dalla Corte contraria all'art. 8 CEDU. In questo caso, pur non incentrandosi su violazioni esplicite del principio di non discriminazione, il giudice ha indugiato sulle potenzialità discriminatorie di sistemi preposti a stabilire attitudini comportamentali individuali, aggravate dalla difettosa conoscenza dei dati e del funzionamento della macchina.

In senso analogo, la Corte d'Appello dell'Inghilterra e del Galles[168] in un caso che riguardava un *software* di riconoscimento facciale utilizzato dalle forze di polizia del sud del Galles per ragioni di *law enforcement* e di sorveglianza pubblica, denominato "*AFR Locate*", in cui la Corte inglese ha condannato le forze di polizia, poiché ignoravano le modalità di funzionamento del sistema. Il giudice di secondo grado ha rilevato, in particolare, che le forze di polizia non avevano prodotto in giudizio prove sufficienti a dimostrare che il *software* fosse scevro da pregiudizi a sfondo etnico-razziale o sessuale, precisando che detta carenza probatoria è da imputare all'omesso accesso al *data-set*. L'impossibilità di avere accesso ai dati costituisce, quindi, l'elemento su cui poggia lo scrutinio sull'accertamento della responsabilità dell'utilizzatore. Potrebbe dirsi, cioè, che, ai fini della responsabilità dell'utilizzatore di una tecnica di intelligenza artificiale, può essere sufficiente dimostrare che quest'ultimo non fosse a conoscenza dei dati forniti alla macchina. Pur non soffermandosi sulla tipologia di discriminazione, la decisione si segnala, perché costituisce uno dei primi esempi di sindacato sul carattere discriminatorio di un sistema di riconoscimento facciale e perché la Corte inglese pone l'accento su un elemento che potrebbe costituire una prima linea guida per future applicazioni giurisprudenziali: la doverosa conoscenza e conoscibilità del meccanismo di funzionamento della macchina e dei dati. Basta questa omissione, perché sussista la responsabilità dell'utilizzatore a prescindere dal suo coinvolgimento nella fase di ideazione e costruzione del sistema.

Ultima pronuncia, significativa perché affronta direttamente il tema della discriminatorietà di una tecnica di intelligenza artificiale, è stata definita dal *National*

---

allarga le maglie della nozione classica di discriminazione indiretta, che nasce nella costruzione dogmatica come effetto accidentale di una condotta, viceversa, non volutamente discriminatoria. In dottrina, sul dibattito attuale, H. COSSETTE-LEFEBVRE, *Direct and Indirect Discrimination*, in *Public Affairs Quarterly*, 2020, 340 ss.

[167] Corte distrettuale dell'Aja, n. C/09/550982 /HAZA 18-388, 5 febbraio 2020. Il caso è stato promosso da alcune associazioni della società civile, inclusa la *Dutch Section of the International Commission of Jurists (NJCM)* e due privati cittadini. Il testo della pronuncia può essere letto al link: https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2020:1878.

[168] Corte d'Appello dell'Inghilterra e del Galles, *R (Bridges) -v- CC South Wales & ors*, 11 agosto 2020. La decisione può essere letta al link: https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/08/R-Bridges-v-CC-South-Wales-ors-Judgment.pdf.

Non-discrimination and Equality Tribunal finlandese[169], che ha accertato la ricorrenza di una discriminazione diretta e multipla ai danni di un uomo che si era visto negare un prestito da un istituto di credito. La sentenza ha il pregio di aver posto, per la prima volta, l'accento sulle specificità della disparità di trattamento, che viene accostata alla discriminazione statistica ritenuta dal giudice più aderente ai tratti di quella "artificiale".

13. *La giurisprudenza costituzionale tra eguaglianza, ragionevolezza e automatismi: quale spazio per lo scrutinio sulla "discriminazione algoritmica"?*

Assente, almeno sinora, dalla scena è la Corte costituzionale. Non sono state sollevate questioni di costituzionalità che investano norme di legge che impongono il ricorso a tecniche di intelligenza artificiale ed altrettanto scarna è la giurisprudenza delle Corti Supreme di altri ordinamenti, come dimostra l'esperienza comparata.

Oltre le ragioni di siffatta scarsa attivazione delle Corti costituzionali, nazionali e sovranazionali[170], è però opportuno ricordare i binari lungo cui si è mossa la giurisprudenza costituzionale quando è stata chiamata a pronunciarsi in relazione a norme di legge costruite in modo rigido, che stabilivano regole da applicarsi in via automatica al ricorrere di predeterminate condizioni.

Ci si riferisce alla nota giurisprudenza costituzionale in materia di automatismi legislativi[171] che, negli ultimi decenni, ha visto il Giudice costituzionale censurare in più di una occasione, perché irragionevoli[172], norme rigide che impedivano al giudice la

[169] Il riferimento è alla decisione del *National Non-discrimination and Equality Tribunal of Finland*, n. 216/2017, 21 marzo 2018. Il testo della pronuncia può essere letto al link: https://www.yvtltk.fi/material/attachments/ytaltk/tapausselosteet/45LI2c6dD/YVTltk-tapausseloste-_21.3.2018-luotto-moniperusteinen_syrjinta-S-en_2.pdf.

[170] Non si conoscono ad oggi casi decisi dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che si occupino di intelligenza artificiale e delle sue ricadute sul principio di non discriminazione. Viceversa, la Corte di Strasburgo si è trovata ad occuparsi più di frequente di casi che riguardavano l'accesso ad internet e l'intreccio tra gestione della rete e diritto di libera manifestazione del pensiero *ex* art. 10 CEDU.

[171] Il riferimento è, anzitutto, alla giurisprudenza costituzionale che, in materia di adozione, si è opposta alla previsione di una differenza di età fissa tra adottato e adottanti (Cfr. Corte cost. sent. n. 303 del 1966; n. 140 del 1990; n. 148 del 1992; n. 283 del 1999); alle sentenze in cui la Corte costituzionale ha riscritto la norma nel senso di consentirne un'applicazione rispondente al superiore interesse del minore (Cfr. Corte cost. sent. n. 31 del 2012; n. 7 del 2013). La Corte ha poi, in diverse occasioni, censurato la norma oggetto per irragionevolezza a motivo della sua applicazione automatica in materia penale. Si richiamano, le decisioni con cui la Corte costituzionale ha censurato la presunzione assoluta di adeguatezza della misura della custodia cautelare in carcere in relazione ad alcune categorie di delitti (Cfr. Corte cost. sent. n. 265 del 2010; n. 164, n. 231, n. 331 del 2011; n. 110 del 2012; n. 57, n. 213, n. 232 del 2013). Ancora, può richiamarsi, la decisione costituzionale n. 151 del 2009 che, in tema di fecondazione medicalmente assistita di tipo omologo, ha censurato l'applicazione rigida della norma della legge n. 40 del 2004, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, che limitavano a tre il numero massimo di embrioni fecondabili e destinati ad un unico e contemporaneo impianto nell'utero della donna. In dottrina, S. LEONE, *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, cit.; E. CRIVELLI, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in D. BUTTURINI, M. NICOLINI (a cura di), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, Napoli, 2014, 85 ss.; L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2014, 1 ss.

[172] Sul principio costituzionale di eguaglianza e ragionevolezza, per tutti, A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 2005, XXV, 1 ss.; L. PALADIN, *Il principio costituzionale*

valutazione del caso concreto. Si tratta di una giurisprudenza, che se letta nel prisma di questo studio, evidenzia la sanzione di meccanismi automatici, ove il ruolo di decisore finale della persona cede il passo alla regola astratta e presuntivamente giusta, valorizzando, all'opposto, l'abilità *umana* di piegare la regola al cospetto della realtà *umana*.

Il meccanismo che sorregge tali norme, automatico e insuscettibile di rettificazione al verificarsi di circostanze diverse da quelle legislativamente predefinite, ricorda molto da vicino quello che soggiace al funzionamento delle tecniche di intelligenza artificiale. Si è osservato che le tecniche di intelligenza artificiale sono ontologicamente preposte a distinguere e che "a fare la differenza" è la modalità, il "come", è operata la scelta. La capacità di una macchina di inchinarsi al cospetto della eterogeneità della realtà esterna potrebbe anche rendere recessivo il problema del "come" differenziano le tecniche di intelligenza artificiale, essendo una caratteristica intrinsecamente umana la capacità di intravedere dettagli e di adattare la regola alle peculiarità del caso.

L'accostamento tra l'automatismo legislativo, sanzionabile poiché incostituzionale, e il funzionamento di alcune tecniche di intelligenza artificiale appare, quindi, utile almeno allo scopo di interrogarsi sulla conformità a Costituzione di strumenti che sostituiscono la persona e che compiono scelte, in modo rigido ed automatico, che se facesse la prima sarebbero esposte a censure di costituzionalità. In questo stesso senso, si sostiene che la «concretezza»[173] e il «pluralismo»[174] costituiscono i pilastri dello Stato costituzionale che si oppone, a norme di diritto inadeguate a riflettere i mutamenti esterni, esautorando la persona dal processo. Così come la giurisprudenza costituzionale esclude l'applicazione di norme rigide, che prevedono che al ricorrere di una data condizione vi debba seguire sempre e comunque la conseguenza prestabilita, perché l'unica corretta[175], si espongono ad analoghe criticità quei meccanismi di intelligenza artificiale che parimenti non consentono l'adattabilità della macchina al caso concreto.

In entrambe le ipotesi, volendo guardarla dal lato del ruolo assolto dalla persona, potrebbe sostenersi che la giurisprudenza costituzionale è poco incline a relegare quest'ultima nelle retrovie, preferendo che le scelte si realizzino per via automatica; e ciò, soprattutto a fronte della trasformazione dello Stato costituzionale e, con esso, del principio di eguaglianza che è sempre più tutela delle differenze[176].

Ancora, che difficilmente la tutela dei diritti fondamentali può essere rimessa in via esclusiva a meccanismi automatici, siano essi il frutto di norme oppure di tecniche di intelligenza artificiale, che escludono la componente umana e il suo diritto di

---

d'eguaglianza, Milano, 1965 e, dello stesso A., anche *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1997, 899 ss.; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001.

[173] T. GROPPI, *Alle frontiere dello stato costituzionale: innovazione tecnologica e intelligenza artificiale*, cit., 682, che precisa in proposito che «le decisioni che riguardano le persone umane, al plurale, debbono essere assunte 'in concreto', tenendo conto della irripetibile specificità di ciascuno».

[174] *Ibidem.*

[175] Per uno studio della giurisprudenza costituzionale in tema di ragionevolezza, F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007; M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, 2013, consultabile al link: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf.

[176] In questo senso, G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2013, 213.

autodeterminarsi. Non a caso, la Costituzione si regge sul principio personalista e così come pone lo Stato al servizio della persona e non viceversa, l'ingresso nello spazio pubblico – e, quindi, costituzionale – della dimensione artificiale non può che portare con sè profili di dubbia conformità al disegno costituzionale, di cui la irragionevolezza lesiva dell'art. 3, comma 1, Cost., è solo uno degli aspetti da cui affrontare il problema.

Conclusioni: L'intelligenza artificiale ha "cambiato" la discriminazione?

L'intelligenza artificiale ha, quindi, cambiato la discriminazione?

Sì e no.

Sì, perché la discriminazione non è più fenomeno solo umano, ma nasce dalla macchina oppure, più spesso, dall'azione congiunta, umana e artificiale, che si uniscono soprattutto laddove la tecnologia non si sostituisce alla persona ma si limita a supportarne l'azione.

Il mutamento, o meglio, lo spostamento dalla dimensione umana a quella artificiale della macchina, si coglie guardando alle origini del "nuovo" fenomeno discriminatorio, mentre gli effetti della condotta continuano a riverberarsi solo sulla persona, mantenendo salda la componente umana. Quasi a dire, che ciò che cambia nella discriminazione "artificiale" interessa il "*come*" conosce realizzazione la differenziazione irragionevole, più che i suoi effetti, giustificando quel "sì e no", qui soprattutto il "no", con cui si aprono queste riflessioni conclusive.

La conquista dello spazio umano da parte della macchina ha, però, eroso le categorie del diritto anti-discriminatorio. Ha sfumato la distinzione tra discriminazione diretta e indiretta, rendendo la seconda incapace di sopperire alle carenze della prima; ha dato ingresso ad un elemento di divisione nuovo, il *proxy*, su cui innesta la nuova tipologia discriminatoria della *proxy discrimination*. Sempre dal lato oggettivo, si è smarrita l'unicità della condotta, risolvendosi, più spesso, in una molteplicità di atti che si sommano, si intersecano, si costruiscono l'uno sull'altro sino a produrre l'effetto discriminatorio.

L'intermediazione della macchina nello spazio lasciato scoperto tra l'azione discriminatoria e i suoi effetti si apprezza anche sul versante soggettivo. La discriminazione "artificiale" ha travolto le nozioni di appartenenza e di identità individuale, ridisegnando i contorni di categorie e gruppi; ha riletto i fattori di discriminazione classici, sostituiti o accostati dal *proxy*.

La discriminazione "artificiale" non ha, però, solo sfidato le categorie del diritto anti-discriminatorio.

La costruzione di meccanismi automatici di affiliazione ha prodotto ripercussioni anche sui diritti costituzionali: sull'eguaglianza e la non discriminazione, sul diritto

individuale di scegliere se fare o non fare parte[177] di una formazione sociale[178]; sul principio sovranazionale di auto-identificazione.

L'intelligenza artificiale non ha, invece, mutato le cause, umane, della discriminazione, che si colorano tuttavia di un tasso di inconsapevolezza e involontarietà dimostrato dalla centralità del *bias* implicito.

Alla tipicità della discriminazione "artificiale" fa allora da contraltare la scarsa pregnanza del diritto antidiscriminatorio, imponendosi la ricerca di un inquadramento teorico nuovo di diritto positivo e lo studio di strategie processuali che sappiano intercettare la discriminazione anche quando prodotto di meccanismi artificiali.

Poiché la causalità è spesso difficile da dimostrare, si potrebbe preferire, alla ricerca della intenzionalità che sostiene l'azione dell'agente, quella dei soli effetti della condotta. Fintantoché questi discriminano e in virtù della opacità della discriminazione "artificiale", poco dovrebbe importare l'individuazione del chi – se esiste un "chi" – voleva intenzionalmente discriminare. Questa ipotesi potrebbe colmare l'inapplicabilità della teoria della discriminazione diretta, ma non reagirebbe in modo adeguato alla causa primigenia della discriminazione "artificiale".

Oltre il controverso impiego della tecnologia di *algorithm auditing*, la letteratura discute dell'impiego di azioni positive per correggere algoritmi discriminatori, secondo approcci più o meno sensibili alla cruciale e ineliminabile dimensione intersezionale[179].

L'intelligenza artificiale ha, quindi, cambiato la discriminazione? Sì, ma solo in parte.

Vi è, infatti, un elemento che rimane immutato, la sua causa primigenia, ancora tutta umana, della discriminazione. Se così è, un'opzione che guardi ai soli effetti, disinteressandosi del dato soggettivo, condurrebbe a soluzioni parziali, incapaci di incidere sul pregiudizio, individuale e collettivo, che continua ad affliggere la persona nelle sue relazioni *inter*-individuali con il mondo esterno.

Si tratterà, allora, "solo" di attendere e di verificare se a prevalere sarà la persona (e i suoi diritti) oppure la macchina.

---

[177] Sull'esigenza che la formazione sociale, e l'appartenenza individuale al gruppo non si risolva in una lesione dei diritti dell'appartenente, A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1975, 50 ss., cit. 113 e ss.; F. PIZZOLATO, *Formazioni e ... deformazioni sociali*, in *Quaderni costituzionali*, 2005, 137 ss. Si consenta, infine, il rinvio anche a C. NARDOCCI, *Razza e etnia. La discriminazione tra individuo e gruppo nella dimensione costituzionale e sovranazionale*, cit.

[178] La dottrina costituzionalistica si è diffusamente occupata del ruolo dei corpi intermedi nel loro rapporto con gli individui che ne siano parte. Per tutti, C. MORTATI, *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, Torino, 1971; P. RESCIGNO, *Persona e Comunità*, Padova, 1966; G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970.

[179] Così J.R. BENT, *Is algorithmic affirmative action legal*?, in *The Georgetown Law Journal*, 2020, 803 ss.; A. XIANG, *Reconciling legal and technical approaches to algorithmic bias*, in *Tennessee Law Review*, 2021, 3 ss.

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

SEMINARIO ANNUALE CON I DOTTORANDI IN MATERIE GIUS-PUBBLICISTICHE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI "ROMA TRE" – 29 SETTEMBRE 2021

SULLA PERSISTENTE ASSENZA DI METODO DEMOCRATICO NELL'ATTIVITÀ INTERNA DEI PARTITI: LE ESPULSIONI AL VAGLIO DELLA GIURISPRUDENZA*

GIUSEPPE DONATO**

SOMMARIO: 1. Il peccato originale dell'art. 49 Cost.: l'accezione meramente esterna del metodo democratico. – 2. Dall'immunità giurisdizionale al controllo di legalità interna: i primi passi della giurisprudenza. – 3. Le espulsioni dai partiti nell'intreccio fra dimensione civilistica e pubblicistica. 4. – L'inadeguatezza della L. 13/2014 e le prospettive di sviluppo.

1. *Il peccato originale dell'art. 49 Cost.: l'accezione meramente esterna del metodo democratico*

Nel delicato periodo di transizione del secondo dopoguerra i partiti politici, legati dal comune sostrato antifascista, hanno condotto il Paese verso la fase costituente con spirito di cooperazione e collaborazione. L'esperienza del Comitato di Liberazione Nazionale[1], nel quale le formazioni politiche sedevano – in attesa del primo confronto elettorale – in posizione paritetica, ha assicurato una stabilità istituzionale tale da fare conseguire loro il riconoscimento di «autentici "padri della Costituzione"»[2].

Pertanto, al momento della discussione sulla disciplina del partito in Assemblea Costituente, le argomentazioni giuridiche prospettate hanno dovuto fronteggiare delle

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo

** Dottore di Ricerca in Scienze Giuridiche presso l'Università degli Studi di Messina.

[1] In dottrina v. C. LAVAGNA, *Comitati di liberazione*, in *Enciclopedia del diritto*, VI, Milano, 1960, 779 ss.

[2] V. CRISAFULLI, *I partiti nella Costituzione*, in *Jus*, 1969, 14.

motivazioni strettamente politiche legate (in parte) alle contingenze del momento storico[3].

Assumendo come paradigma la nota quadripartizione di Triepel in merito ai rapporti fra Stato e partito[4], i principali filoni di pensiero sull'argomento si sono attestati su due livelli diversi. Gli onn. Merlin e Mancini, relatori della proposta dell'art. 49 Cost., manifestarono una netta preferenza per un modello di *Legalisierung* che assicurasse ai partiti una prima forma di riconoscimento in Costituzione, da improntare su un'accezione meramente esterna del «metodo democratico». Su un piano significativamente più vicino alla *Inkorporierung* si registrarono, invece, le proposte degli onn. Basso e Mortati. Il primo, in sede di Sottocommissione, prospettò il riconoscimento di «attribuzioni di carattere costituzionale» ai partiti che avessero conseguito un significativo seguito elettorale; il secondo, in seno al *plenum* dell'Assemblea, firmò, con l'on. Ruggiero, un emendamento che prescriveva il rispetto del metodo democratico «nell'organizzazione interna e nell'azione diretta alla determinazione della politica nazionale».

La posizione più prudente suffragata da Merlin ottenne il favore di un consesso entro il quale non mancavano le preoccupazioni, *in primis* del Partito Comunista, sull'eventualità che una forma di controllo sull'organizzazione interna – anche se affidato alla Corte costituzionale – avrebbe potuto dare adito alla messa a bando delle forze di minoranza. Mortati decise, quindi, di ritirare l'emendamento – col fine, fra gli altri, di non alterare il compromesso raggiunto – manifestando, però, la propria preoccupazione sul fatto che «uno Stato, il quale voglia poggiare su basi saldamente democratiche, non [può] tollerare organismi politici che non si ispirino anche nella loro struttura interna a sistemi e a metodi di libertà»[5].

Il risultato finale è rappresentato da una disposizione con un carattere molto più *descrittivo* che *prescrittivo*: l'art. 49 Cost. ha garantito la legittimazione giuridica di tutte le forze dell'arco costituzionale, ma ha, al contempo, lasciato irrisolto il compito, ben più rilevante, «di formulare teoricamente la funzione dei partiti entro lo Stato»[6].

---

[3] Tra la copiosa dottrina che ha ricostruito i lavori dell'Assemblea Costituente sull'argomento cfr. C. ESPOSITO, *I partiti nella Costituzione italiana*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 1-2/1951, 3 ss., ora in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova 1954; L. BASSO, *Il partito nell'ordinamento democratico moderno*, in ISLE, *Indagine sul partito politico*, Tomo I, Milano 1966, 64 ss.; P. RIDOLA, *Partiti politici*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXII, Milano, 1982, 72 ss.; P. SCOPPOLA, *La repubblica dei partiti, evoluzione e crisi di un sistema politico (1945-1996)*, Bologna 1997, 212 ss.

[4] H. TRIEPEL, *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*, Berlino 1930, in trad. it. di A. Kalajzič, *La Costituzione dello Stato e i partiti politici*, a cura di E. Gianfrancesco, G. Grasso, Napoli 2015, 6 s. Lo studioso tedesco raffigura un «cammino lungo una scala a quattro gradini» (*vierfachen Stufenfolge*), in cui si susseguono la fase dell'*ostilità* (*Bekämpfung*), quella della *indifferenza* (*Ignorierung*), il passaggio del riconoscimento giuridico e della legalizzazione (*Anerkennung und Legalisierung*) e, infine, l'incorporazione (*Inkorporierung*). Come chiarito da M. LUCIANI, *Partiti e forma di governo*, in *Nomos*, 3/2018, 2, questa ripartizione va letta «più come una categorizzazione di *tipi*, anzi di *idealtipi*, relazionali che come una descrizione storica di effettive *fasi*, diacronicamente consequenziali, di una concreta vicenda istituzionale» (enfasi testuale).

[5] C. MORTATI, in Assemblea Costituente, *Seduta del 22 maggio 1947*, 4167.

[6] C.E. TRAVERSO, *La genesi storico-politica della disciplina dei partiti nella costituzione italiana*, in *Il Politico*, 1/1968, 293.

2. *Dall'immunità giurisdizionale al controllo di legalità interna: i primi passi della giurisprudenza*

La laconicità del dettato costituzionale ha lasciato spazio alla più ampia autonomia organizzativa dei partiti. A fronte dell'arretramento di qualsiasi regolamentazione di stampo pubblicistico, essi hanno trovato rifugio in una veste civilistica *leggera* come quella delle associazioni non riconosciute. La fuga verso il diritto privato rappresentava l'approdo verso l'«ultima garanzia di libertà» e, al contempo, «un atto di sfiducia verso lo Stato»[7] che, in qualche misura, poteva leggersi pure come una reazione all'infausto precedente del regime illiberale[8].

Questa precisa scelta di campo ha prodotto, quale principale conseguenza, la perdita di rilevanza del profilo *istituzionale* del partito, a vantaggio di quello meramente *associativo*. L'azione di controllo dello Stato, pertanto, si è assestata su un «sistema di istituzionalità esterna»[9] nel quale solo le azioni esteriori dei partiti erano suscettibili di repressione, non potendosi richiedere alcunché sulla loro vita interna.

Sulla scia di tale impostazione, la giurisprudenza ha ritenuto, per diverso tempo, che le dinamiche infrapartitiche rimanessero sottratte alla sua giurisdizione. Nella prospettiva giudiziaria, che si reggeva sulla teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici[10], i partiti godevano di un'immunità che veniva meno solo con una volontaria (ed eventuale) *rinuncia*, domandando allo Stato il riconoscimento della personalità giuridica. Si affermava, pertanto, una «primazia assoluta» dell'art. 49 Cost. sull'art. 24 Cost.[11].

In una delle prime pronunce in materia, la Corte d'Appello di Napoli ha riscontrato l'assenza di una posizione giuridica azionabile dall'iscritto in sede contenziosa, anche laddove il provvedimento ritenuto illegittimo sia stato adottato in violazione delle norme statutarie: l'attività dei partiti era *insindacabile*[12]. Questa conclusione appariva insoddisfacente, atteso che denotava un manifesto contrasto con il principio fondamentale di cui all'art. 2 Cost. sotto il profilo delle garanzie dell'autonomia interna delle formazioni sociali[13].

La successiva giurisprudenza, pertanto, si è fatta carico del problema e, proprio alla luce del canone costituzionale, ha riaffermato la propria «giurisdizione in ordine alle controversie interne ai partiti politici»[14]. Il margine d'azione era, in ogni caso, limitato

---

[7] P. RESCIGNO, *Sindacati e partiti nel diritto privato*, in *Jus*, 1/1956, 34.

[8] G. IORIO, *Profili civilistici dei partiti politici. Statuti, prassi, tecniche legislative*, Napoli, 2018, 10.

[9] P. VIRGA, *Il partito nell'ordinamento giuridico*, Milano, 1948, 205.

[10] Sulla quale S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1945.

[11] N. PIGNATELLI, *La giustiziabilità degli atti dei partiti politici tra autonomia privata ed effettività della tutela giurisdizionale*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, 2/2019, 102.

[12] Corte App. Napoli, 19 ottobre 1959, in *Foro italiano*, *Repertorio*, 1960, 1816; il caso vedeva coinvolto un comitato provinciale della DC. Per un'ampia rassegna giurisprudenziale sui partiti v. G. TROCCOLI, *La giurisprudenza italiana in tema di partiti. 1945-1982*, in M. D'ANTONIO, G. NEGRI, *Il partito politico di fronte allo Stato, di fronte a sé stesso: raccolta degli statuti dei partiti, dei regolamenti dei gruppi parlamentari, rassegna della giurisprudenza, progetti di disciplina legislativa, legge sul finanziamento e bilanci*, Milano, 1983, 449 ss.

[13] Cfr., al riguardo, F. GALGANO, *Partiti e sindacati nel diritto comune delle associazioni*, in *Rivista di diritto civile*, II, 1966, 507 ss., spec. 515.

[14] Pret. Fasano, ord. 28 febbraio 1981, in *Giurisprudenza italiana*, 1982, I, 2, 201.

agli strumenti offerti dal codice civile: si delineava, quindi, uno scrutinio di mera *legalità interna*, all'esito del quale i giudici potevano caducare le deliberazioni illegittime ai sensi degli artt. 23 e 24 c.c.[15].

La posizione degli iscritti ne uscì rafforzata, come dimostrava il moltiplicarsi delle cause sottoposte al vaglio dell'autorità giusdicente. Nel 1986 la Pretura di Roma ha accordato la misura cautelare richiesta da un espulso dal MSI per violazione dello statuto, asserendo che al Segretario nazionale non era attribuito tale potere[16]. Ancor più importante, da un punto di vista sistematico, è stata la conclusione del Tribunale di Verona nel 1987: pur affermando *apertis verbis* l'assenza di qualsiasi obbligo di democrazia interna dei partiti, il giudice ha ritenuto pacifico che l'art. 36 c.c., letto alla luce dell'art. 18 Cost., consentiva di «intromettersi, a certe condizioni, nella vita interna del gruppo», fermo restando il necessario contemperamento fra gli interessi della formazione e quelli dei singoli[17].

3. *Le espulsioni dai partiti nell'intreccio fra dimensione civilistica e pubblicistica*

Le direttrici argomentative evidenziate hanno contrassegnato anche gli arresti giurisprudenziali più recenti, il cui numero è significativamente cresciuto rispetto ai primi anni di storia repubblicana. Particolare attenzione va prestata, in particolare, ai provvedimenti di espulsione dai partiti, uno strumento che sta attenuando la sua valenza *stricto sensu* disciplinare in favore di una dimensione, che pure ha sempre avuto, di mezzo di lotta politica.

Nel 2015 il PD ha estromesso l'ex tesoriere della Margherita, Lusi, allorché gli era stata addebitata, in sede penale, l'accusa di appropriazione indebita di rimborsi elettorali[18]. Le modalità di conclusione del procedimento interno – nel corso del quale non era stato previamente contestato l'illecito disciplinare al destinatario né gli era stato concesso un diritto di replica – contrastavano, a detta del giudice, «con i *principi costituzionali* che tutelano la libertà di associazione e il *metodo democratico* cui devono ispirarsi le associazioni partitiche»[19] e cagionavano, quindi, l'illegittimità del provvedimento. La decisione del tribunale romano si distingue per lo spessore costituzionale del suo contenuto: sia per aver accolto la concezione (anche) interna del metodo democratico che per aver innestato sulla Costituzione il proprio *decisum*. La

[15] La suddetta decisione della Pretura di Fasano ha specificato che l'utilizzo di queste disposizioni – che pure il codice inserisce nella disciplina delle associazioni riconosciute – va considerato come "diretto" o "estensivo" e non come "analogico", ragion per cui la loro applicazione non può essere esclusa in forza di una (eventuale) volontà contraria delle parti.

[16] Pret. Roma, ord. 6 dicembre 1986, in *Foro italiano*, 1987, IX, 2573.

[17] Trib. Verona, sent. 7 dicembre 1987, in *Giurisprudenza italiana*, 1989, I, 2, 75 ss., con nota di M. EROLI, *"Diritto" di iscrizione ed ordinamento interno democratico nelle associazioni non riconosciute*.

[18] Trib. Roma, III sez. civ., 19 febbraio 2015. In dottrina v. F. SCUTO, *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, Torino, 2017, 166, e R. CALVANO, *La democrazia interna, il libero mandato parlamentare e il dottor Stranamore*, in *Federalismi.it*, 13/2018, 11.

[19] Enfasi aggiunta.

strada di un'interpretazione diretta e, in qualche modo, evolutiva della Carta costituzionale non è stata, però, confermata dai successivi arresti.

Già nel 2016, infatti, lo stesso Tribunale di Roma è stato investito di una questione che coinvolgeva tre espulsi dai M5S nel periodo immediatamente antecedente le c.d. comunarie[20]. Le argomentazioni del giudice si fondavano, anzitutto, sugli artt. 23 e 24 c.c.: nel condurre l'esame sui «gravi motivi» il giudice evidenziava che quanto meno stringenti fossero state le previsioni dello statuto, tanto più ampio avrebbe potuto essere il suo potere di controllo sulle motivazioni che fondavano il provvedimento e sulla loro riconducibilità alla prescrizione della normativa interna[21]. Dall'altro lato, l'ordinanza richiamava anche l'art. 2378, co. 4, c.c. Quest'ultima norma concerneva le impugnazioni delle deliberazioni in ambito societario, prescrivendo una valutazione comparativa fra il «il pregiudizio che subirebbe il ricorrente [in tale circostanza l'*espulso*] dalla esecuzione e quello che subirebbe la società [cioè il *partito*] dalla sospensione dell'esecuzione della deliberazione».

Al termine dello scrutinio di legalità formale e del giudizio comparativo il giudice ha accolto la richiesta degli esclusi, adducendo che il Movimento non avrebbe patito nessuna lesione significativa dalla riammissione di pochi aderenti in relazione alle migliaia di iscritti, mentre agli estromessi sarebbe stata sottratta l'opportunità, tutelata in Costituzione, «di partecipare a pieno titolo alla vita associativa, come luogo di espressione e manifestazione della propria personalità».

La decisione risulta apprezzabile per la ricerca di un punto di equilibrio tra l'autonomia del partito e la tutela dei diritti dei singoli, un compito assai arduo da condurre con la penuria di strumenti giuridici a disposizione del giudice. Non va taciuto, però, che il controllo sulla legalità formale rischia di lambire il merito delle scelte politiche, addentrandosi in una zona di confine dove le argomentazioni giuridiche potrebbero interferire con l'indirizzo adottato dalla formazione sociale. La motivazione, peraltro, difetta di un adeguato aggancio alla Carta costituzionale, se non per taluni riferimenti «poco più che "cosmetici" […] invocati tuttalpiù *ad abundantiam*»[22]. La scelta di legittimare l'intervento giudiziario soltanto sul carattere approssimativo delle disposizioni statutarie, e non sulla loro conciliabilità coi principi costituzionali, ha lasciato aperta la possibilità di rendere legittime le espulsioni laddove lo statuto le abbia «espressamente rimesse alla discrezionalità del "capo politico"»[23].

Differenti problematiche sono emerse nel caso di un'espulsione di massa (di 20 iscritti) sancita dal M5S – anche stavolta all'avvicinarsi delle elezioni comunali – a

[20] Trib. Roma, III sez. civ., ordinanza del 12 aprile 2016. La decisione è stata esaminata da G. GRASSO, *Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del MoVimento 5 Stelle*, in *Rivista di diritti comparati*, 3/2019, 70 e N. PIGNATELLI, *La giustiziabilità*, cit., 120.

[21] «L'ambito di valutazione del giudice», si legge, «è peraltro inversamente proporzionato all'analiticità dei fatti statutariamente rilevanti a livello disciplinare e delle connesse sanzioni».

[22] E. CATERINA, *Il giudice civile e l'ordinamento interno dei partiti politici: alcune considerazioni sulle recenti ordinanze dei tribunali di Napoli e di Roma*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2016, 9.

[23] *Ivi*, 10. Quest'ipotesi, peraltro, ha avuto riscontro poco dopo: v. Trib. Roma, XVIII sez. civ., sent. 19 febbraio 2018.

Napoli[24]. Gli attivisti erano accusati dal Movimento di aver dato vita a un gruppo Facebook segreto[25], in violazione delle regole del "Non Statuto" che proibiva «qualsiasi organizzazione intermedia, comunque realizzata e denominata, che falsi l'efficiente ed efficace scambio di opinioni e libero confronto democratico»; lo scopo di questa formazione sarebbe stato quello di influenzare indebitamente il *Meet Up* napoletano nell'individuazione del candidato sindaco. Dal canto loro, gli espulsi contestavano, oltre che il merito, la legittimità interna del provvedimento, in quanto adottato senza adeguata motivazione e da organi non legittimati, per di più in forza di un nuovo Regolamento della cui legittimità si dubitava.

In sede di reclamo del provvedimento cautelare il giudice riscontrava i lamentati vizi formali dell'espulsione, ritenendo «ultronea», in quel momento del processo, la verifica dei profili sostanziali addotti. L'illegittimità del provvedimento non era sufficiente, da sola, a fondare i «gravi motivi» richiesti dal codice, che postulavano, invece, una comparazione dei contrapposti interessi delle parti in giudizio. A tal proposito l'ordinanza aveva il pregio di valorizzare l'interesse dei ricorrenti alla riammissione dentro il M5S «magari da una *posizione antagonista* rispetto alla linea del gruppo dirigente»[26]: ferma restando l'esigenza di tutelare la libertà *del* partito di selezionare le ammissioni al proprio interno, nondimeno si registravano «un diritto politico e un interesse morale dell'associato» a non essere allontano dalla compagine di cui faccia parte, se non in presenza di un grave motivo o nel rispetto delle garanzie procedimentali previste dalla legge[27].

La sentenza di merito è giunta alla medesima conclusione del giudizio cautelare, ma attraverso un percorso motivazionale differente e, sotto diversi profili, censurabile. L'assunto di partenza del giudice è dato dalla «contrapposizione netta [del M5S] alle forze politiche tradizionali ed alle più deleterie forme della raccolta del consenso politico», che lo rendeva «un'organizzazione di tendenza così spiccata» da dover ottenere «assoluta prevalenza alla tutela» dei propri scopi sulle «pretese dei singoli associati che [avessero], come nel nostro caso, natura procedimentale» e mirassero ad alterare i valori del Movimento.

Tralasciando la sconvenienza di inserire considerazioni politiche siffatte in seno a una sentenza, appare fortemente criticabile l'asserzione su una precostituita – addirittura *assoluta* – prevalenza delle istanze del partito su quelle dei suoi iscritti. Difatti, la sottrazione di quest'ipotesi all'attività di bilanciamento, non riscontrabile in altre

[24] Il primo provvedimento cautelare del 29 aprile 2016 è stato reclamato e, quindi, sconfessato da Trib. Napoli, VII sez. civ., ord. 14 luglio 2016; poi, in sede di merito, Trib. Napoli, VII sez. civ., ord. 18 aprile 2018. In dottrina M.V. DE GIORGI, *«È la politica, bellezza!»*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 10/2016, 1337 ss.; L. D'ACUNTO, *Esclusione dell'iscritto e democrazia interna nei partiti politici: la prospettiva privatistica*, in *Diritti fondamentali*, 2/2019.

[25] Secondo G. GRASSO, *Il controllo*, cit., 71, può considerarsi questo gruppo «con il linguaggio dei partiti di un tempo, come una sorta di corrente nel partito».

[26] Enfasi aggiunta.

[27] Merita un cenno la considerazione del giudice per cui anche il M5S, nonostante le sue dichiarazioni di segno opposto, deve essere qualificato come un partito politico, dovendosi intendere come tale ogni «associazione con articolazioni sul territorio che abbia come fine quello di concorrere alla determinazione della politica nazionale».

decisioni in materia, si manifestava «ben lontana dalle finalità stesse del diritto costituzionale, di costante limitazione del potere»[28].

La dimensione costituzionalistica non era valorizzata neppure nel prosieguo dell'analisi sull'organizzazione interna. Il preciso divieto di dar vita a spazi di confronto diversi da quelli prescritti nello statuto non suffragava, a detta del tribunale, la tesi per cui «anche all'interno dell'associazione non vig[e] un principio di dialettica democratica». Dalla Costituzione, peraltro, non poteva ricavarsi alcuna prescrizione sul punto: il metodo democratico dell'art. 49 Cost. possedeva «un'accezione ben diversa, e per certi aspetti neanche assimilabile, di "metodo assembleare", e, a maggior ragione, di "principio maggioritario"», che rappresentavano due configurazioni forse possibili, ma certamente non obbligatorie.

Il Tribunale rigettava, altresì, la precedente giurisprudenza sull'applicabilità dell'art. 24 c.c., sostenendo «la piena autonomia normativa» di cui il Movimento doveva godere *ex* art. 36 c.c. che gli lasciava, pertanto, ampio margine di decisione sui rapporti con gli iscritti. Il peculiare regime organizzativo della compagine politica, «caratterizzato dal principio della "porta aperta" e dalla presenza di bassissime, se non quasi inesistenti "barriere all'ingresso"», legittimava l'irrogazione di provvedimenti disciplinari come le espulsioni da parte di un organo monocratico e non da quello assembleare. Tale sistema, «*lungi dall'essere antidemocratico*»[29], era atto a garantire «la coerenza dell'azione politica di tutti gli iscritti con gli indirizzi generali». A dispetto delle premesse sviluppate, il giudice riscontrava una mera allegazione – e non una piena prova – dei comportamenti ritenuti incompatibili col M5S e concludeva, quindi, per l'illegittimità delle espulsioni.

La sanzione disciplinare comminata ad un iscritto è stata, invece, confermata nel caso che ha visto il M5S contrapposto al senatore De Falco[30]. La parte attrice domandava la sospensione cautelare del provvedimento di espulsione *ex* art. 23 c.c., che gli era stato comminato perché – in violazione dell'art. 3, co. 1, n. 6 del Codice etico[31] – aveva espresso dei voti difformi rispetto a quelli del suo gruppo parlamentare.

La pronuncia ha fatto leva, con grande attenzione, sulla concretezza dei profili applicativi per districarsi fra le varie censure dedotte da De Falco. Difatti, l'espulso lamentava l'assenza di una previa deliberazione del gruppo rispetto alla quale potersi conformare; un argomento che non poteva reggere alla prova dei fatti, poiché una formale presa di posizione su ogni passaggio dell'attività parlamentare avrebbe rischiato di paralizzarla, ben potendosi ammettere, invece, il rispetto del «metodo democratico […] anche in via "informale"».

La *quaestio iuris* di maggior rilievo concerneva il rapporto tra il profilo *funzionale*, del parlamentare, e quello *associativo*, dell'iscritto. Il giudice evidenziava come l'esercizio delle prerogative parlamentari – fra le quali, ai sensi dell'art. 67 Cost., poteva

[28] G. GRASSO, *Il controllo*, cit., 80.

[29] Enfasi aggiunta.

[30] Trib. Roma, XVI sez. civ. (impresa), ord. 3 settembre 2019. In dottrina cfr. S. CURRERI, *Ancora sulla democrazia all'interno del MoVimento 5 Stelle: il caso De Falco*, in *laCostituzione.info*, 12 ottobre 2019.

[31] In forza del quale sussiste l'obbligo di «rispettare, all'interno dei gruppi politici, il criterio democratico di votazione a maggioranza per la determinazione della linea politica adottata dagli esecutivi, a qualsiasi livello, espressi dal MoVimento 5 Stelle».

rientrare anche il voto in dissenso dal gruppo – era naturalmente in grado di incidere sulla tenuta del rapporto associativo, eventualmente «fino a giungere anche all'estremo di rendere inevitabile l'estinzione del rapporto medesimo, attraverso l'adozione di un provvedimento di esclusione». Nondimeno i due piani dovevano rimanere separati: la tutela del libero mandato era assicurata dalla possibilità di svolgere le funzioni di parlamentare in altro gruppo, non rientrando nella disponibilità del partito la sottrazione del seggio; d'altro canto, l'adozione di una linea politica differente da quella della maggioranza poteva minare le ragioni «che giustificano l'appartenenza stessa al partito politico, ente associativo distinto dal Gruppo parlamentare e *dotato* anch'esso *di rilevanza costituzionale*»[32].

Da ultimo, il M5S ha dovuto affrontare un ulteriore giudizio sull'espulsione della sua iscritta Cuccu[33]: alla consigliera era stato comminato dapprima un provvedimento di sospensione per 60 giorni, asserendo che avesse condotto, in seno al consiglio regionale sardo, un'azione politica in contrasto con le direttrici del gruppo di appartenenza; al puntuale reclamo del provvedimento davanti al Comitato di garanzia interno seguiva, in assenza di alcuna specifica contestazione a supporto, una *reformatio in peius* nei termini della misura espulsiva.

Nell'opinione del Tribunale il Comitato, «per basilari e ovvi principi», non poteva adottare l'espulsione senza aver adeguatamente specificato i «fatti posti a base della *nuova* valutazione compiuta e del provvedimento adottato»[34]. Il *vulnus* determinato dall'allontanamento dalla compagine politica, «per sua stessa natura in linea di massima irreparabile», legittimava, pertanto, la concessione del rimedio cautelare richiesto[35].

4. *L'inadeguatezza della L. 13/2014 e le prospettive di sviluppo*

La disamina giurisprudenziale sulle espulsioni restituisce un quadro complessivo che mal si confà al principio democratico. Il *trait d'union* delle pronunce, che pure si dispiegano in un significativo arco temporale, è dato dalla posizione di forza che il partito, con sfumature diverse, riesce a conservare nei confronti dei suoi membri: una dimostrazione è offerta dalla ricorrente violazione di quei diritti di difesa che dovrebbero connotare tutti i procedimenti sanzionatori.

L'inoperosità del legislatore ha costretto i giudici a saggiare i diritti *della* e *nella* associazione utilizzando le limitate risorse offerte dal codice civile, con grande discapito dei singoli. Così, la giurisprudenza di ieri accoglieva la tesi dell'immunità giurisdizionale, che dissuadeva gli iscritti dal proporre un'azione legale a fronte di aspettative molto basse, se non nulle, di ottenere un ristoro in forma specifica, o, almeno, per equivalente,

[32] Enfasi aggiunta.

[33] Trib. Cagliari, ord. 3 marzo 2021.

[34] Enfasi testuale.

[35] Occorre accennare, peraltro, che il caso in questione ha ricevuto una particolare eco mediatica più per i profili procedurali che per quelli sostanziali, atteso che, su richiesta della ricorrente, l'organo giudiziario aveva nominato un curatore speciale *ex* art. 78 c.p.c. che rappresentasse il Movimento in giudizio, dato che, a seguito, di una riorganizzazione interna, il partito ne era rimasto privo: v. Trib. Cagliari, I sez. civ., provvedimento del 24 febbraio 2021.

per la lesione delle loro situazioni giuridiche in seno alla compagine. Quella odierna, invece, si muove in un campo caratterizzato dall'*ineffettività* delle pronunce di accoglimento che gli espulsi, con una percentuale considerevole, riescono a ottenere: appare evidente che l'estromissione dal partito in prossimità delle tornate elettorali – fronteggiabile solo in parte con le misure cautelari – può integrare una lesione irrimediabile di quel diritto di partecipazione *permanente* che l'art. 49 Cost. garantisce ai cittadini[36].

La Costituzione rimane, peraltro, la grande assente nelle pronunce sull'argomento. Fatta salva l'eccezione del caso Lusi, i giudici non si sono spinti a dare diretta applicazione all'art. 49 Cost., perpetuando il ridimensionamento del piano pubblicistico-istituzionale dei partiti in favore di quello privatistico-istituzionale.

La chiarezza con cui, fra tutte, l'ordinanza sul caso De Falco articola i differenti livelli del problema rende evidente, una volta di più, la delicata questione della democrazia interna sui partiti. La coniugazione fra la tutela dei diritti di partecipazione politica – se non, addirittura, dell'esercizio di funzioni costituzionalmente guarentigiate – e la salvaguardia della libertà di decisione del partito politico postula l'individuazione di un adeguato punto di equilibrio che l'autonomia statutaria non sembra in grado di raggiungere[37].

L'unico intervento normativo che tange, in maniera inadeguata, la materia continua ad essere rappresentato dal d.l. 28 dicembre 2013, n. 149[38], convertito con l. 21 febbraio 2014, n. 13. La legge, com'è noto, dispone l'abolizione del finanziamento pubblico e mira a subordinare l'accesso dei partiti ad alcuni benefici economici[39] alla condivisione di norme minime in punto di trasparenza e democraticità: il rispetto di queste disposizioni dovrebbe contribuire ad assicurare, secondo la lettera dell'art. 2, «l'osservanza del metodo democratico, ai sensi dell'art. 49 Cost.». L'art. 3 dà concreto svolgimento alle intenzioni del legislatore, indicando il contenuto che lo statuto deve ospitare: anzitutto l'indicazione della composizione e delle attribuzioni degli organi deliberativi, delle modalità di partecipazione dei membri e, in maniera specifica, dei «criteri con i quali è promossa la presenza delle minoranze, ove presenti, negli organi collegiali non esecutivi»[40]. Sotto il profilo disciplinare lo statuto deve specificare le sanzioni adottabili, gli organi preposti e le procedure da seguire, conformando la normativa interna al diritto

[36] Tale problematica si riscontra, con le dovute differenze, anche nel filone giurisprudenziale sulle selezioni interne delle candidature. Cfr., in particolare, Trib. Genova, I sez. civ., decr./ord. 10 aprile 2017; Trib. Palermo, V sez. civ., decrr. 12 e 19 dicembre 2017.

[37] L'argomento meriterebbe più estesa trattazione; sia consentito il rinvio, per una sistematica più completa, a G. DONATO, *Modello costituzionale dei partiti politici e sindacato giurisdizionale*, Napoli, 2021, spec. 141 ss.

[38] Intitolato "Abolizione del finanziamento pubblico diretto, disposizioni per la trasparenza e la democraticità dei partiti e disciplina della contribuzione volontaria e della contribuzione indiretta in loro favore". Sulla discutibile scelta di realizzare una riforma strutturale per mezzo di un decreto legge v. A. SAITTA, *Sulla straordinaria necessità e urgenza di abolire il finanziamento pubblico dei partiti politici*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 17 dicembre 2013.

[39] Che consistono nelle detrazioni per le erogazioni liberali effettuate dalle persone fisiche in loro favore (art. 11) e nella possibilità di concorrere alla ripartizione del 2 per mille dell'IRPEF dei contribuenti (art. 12).

[40] Art. 3, co. 2, lett. *e*).

di difesa e al principio del contraddittorio; rimane soltanto eventuale, invece, la possibilità di regolare la composizione extragiudiziale delle liti attraverso collegi probivirali.

Il testo sembra rispondere a molte delle criticità emerse in giurisprudenza: la tutela specifica accordata alle minoranze va salutata con favore, perché favorisce il pluralismo interno al partito contrastando, almeno indirettamente, l'adozione delle espulsioni come strumento di lotta politica[41]. A tal proposito, il rafforzamento dei profili procedurali che accompagnano la comminatoria delle sanzioni dovrebbe accrescere il livello di trasparenza e di prevedibilità delle stesse.

D'altro canto, la l. n. 13/2014 appare affetta da alcuni vizi di impostazione che ne ostacolano la concreta efficacia. La struttura dell'organizzazione interna che viene proposta consta di «regole ed obblighi eminentemente formali, che inevitabilmente lasciano la più ampia libertà ai partiti di modularne i contenuti»[42]. A ciò si aggiunga che la coercibilità delle prescrizioni è subordinata ad una volontaria domanda dei partiti di essere inseriti all'interno del registro nazionale – tenuto da una Commissione di garanzia costituita *ad hoc* – col solo fine di poter accedere ai (poco considerevoli) benefici finanziari. La miglior riprova dell'insufficienza della legge vigente è data proprio dai numerosi casi offerti dalla giurisprudenza che hanno visto coinvolto principalmente un soggetto, il M5S, che ha deciso di non depositare il proprio statuto nelle forme prescritte[43].

La legge vigente potrebbe rappresentare un buon punto di partenza per lo sviluppo normativo della materia quanto all'impostazione a maglie larghe, così da non coartare in modo inopportuno l'autonomia del partito, «dato l'intimo e inestricabile rapporto che assai spesso intercorre tra i profili organizzativi e quelli politico-identitari»[44]. La procedura disciplinare, d'altro canto, dovrebbe essere presidiata da ulteriori garanzie, come uno stringente obbligo motivazionale dei provvedimenti che consenta uno scrutinio effettivo *in primis* davanti agli organi di giurisdizione interna ed eventualmente dinnanzi al giudice ordinario.

Il profilo dell'effettività rappresenta, difatti, la vera sfida che il legislatore deve affrontare per dare viva applicazione ai principi costituzionali.

Da un lato potrebbero implementarsi gli strumenti a disposizioni del giudice, fissando, al contempo, dei chiari limiti sulle misure che può adottare a protezione del singolo. Così facendo si supererebbe la principale criticità legata al modello del controllo di legalità interna, in forza del quale la profondità del sindacato giudiziario è inversamente proporzionale alla specificità delle norme (autonomamente) adottate: un circolo vizioso che premia le formazioni politiche meno propense all'autoregolazione.

Dall'altro lato, potrebbero annettersi al mancato rispetto delle norme sulla democrazia interna delle misure concretamente capaci di produrre un effetto di

---

[41] Cfr. quanto detto *supra* dal Trib. Napoli, 14 luglio 2016, cit.

[42] R. CALVANO, *Dalla crisi dei partiti alla loro riforma, senza fermarsi… voyage au bout de la nuit?*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2015, 184; ma v. anche F. CLEMENTI, *Prime considerazioni intorno ad una legge di disciplina dei partiti politici*, in *federalismi.it*, 6/2015; F. SCUTO, *La democrazia*, cit., 106 ss.; G. GRASSO, *Il controllo*, cit., 84 ss.

[43] L'elenco dei partiti iscritti è disponibile nella sezione del sito del Parlamento dedicata alla Commissione all'indirizzo https://www.parlamento.it/1063.

[44] A. SAITTA, *Partiti politici e dinamiche della forma di governo. I partiti politici*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, 2/2019, 170.

deterrenza, come l'esclusione da un (rivisitato) programma di finanziamento pubblico o, per i casi più gravi, la ricusazione delle liste dalle competizioni elettorali. Tale sanzione trova riscontro, in qualche misura, in Germania[45]; in Italia, invece, il tentativo effettuato con l'*Italicum*, che condizionava la partecipazione alle elezioni all'iscrizione al registro dei partiti[46], non ha avuto successivo riscontro nel *Rosatellum bis*.

Non è auspicabile la «creazione di un diritto esclusivamente giurisprudenziale sul funzionamento dei partiti politici»[47]: il legislatore deve delineare un assetto chiaro e compiuto in cui le dinamiche dei diritti e delle libertà dei singoli e delle compagini politiche soggiacciono ad un pieno rispetto del *metodo democratico* anche nella sua accezione interna.

[45] Cfr. E. CATERINA, *Strumenti e rimedi a tutela della democrazia interna ai partiti politici: un'analisi nell'ordinamento tedesco*, in *Democrazia e diritto*, 1/2016, 153.

[46] La L. n. 52/2015 aveva modificato in questo senso l'art. 14 D.P.R. n. 361/1957.

[47] G. IORIO, *L'immunità dei partiti dalle regole di democrazia interna: quo usque tandem?*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 6/2018, 870.

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

SEMINARIO ANNUALE CON I DOTTORANDI IN MATERIE GIUS-PUBBLICISTICHE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI "ROMA TRE" – 29 SETTEMBRE 2021

GIUDICE COMUNE E CARTA DEI DIRITTI: QUALE SPAZIO PER LA DISAPPLICAZIONE? *

ANTONINO AMATO**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La disapplicazione giudiziale della legge. – 3. La disapplicazione "europea", tra separazione ed integrazione ordinamentale. – 4. La recente applicazione orizzontale della Carta dei diritti. – 5. Considerazioni conclusive: quale spazio per la disapplicazione?

1. *Premessa*

Studiare il potere del giudice comune di disapplicare la legge contrastante con la Carta di Nizza implica una preliminare disamina circa gli aspetti caratterizzanti del fenomeno della disapplicazione giudiziale della legge, da un punto di vista generale. Il tema ha infatti un'autonoma rilevanza concettuale; a ciò si aggiunga che un'aggiornata e compiuta ricostruzione dell'istituto dal punto di vista del diritto costituzionale si rende necessaria alla luce della miriade di atti giudiziali disapplicativi di fonti interne contrastanti con il diritto europeo; un numero, quest'ultimo, difficile da quantificare.

Da diversi anni si discute inoltre della disapplicazione che si effettua in relazione alle norme contrastanti con la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea: in questi casi le ricadute "costituzionali" del fenomeno assumono caratteristiche peculiari,

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.
** Dottore di ricerca in Scienze giuridiche presso l'Università degli studi di Messina.

specie se viste alla luce della sentenza n. 269 del 2017[1] e del suo seguito giurisprudenziale.

Indipendentemente dalla sentenza n. 269 del 2017, il rilievo della Carta nella giurisprudenza costituzionale ha assunto anche un significativo dato numerico: al 31 maggio 2021, infatti, sono 196 le pronunce che menzionano espressamente la Carta. Si legge inoltre nell'ultima ricerca effettuata dal Servizio studi della Corte costituzionale che «la gran parte di tali decisioni, 180, è stata assunta in sede di giudizio incidentale; 11 sono state adottate nel giudizio in via principale (sentenze nn. 49 e 307 del 2003, 438 del 2008, 4 del 2010, 199 del 2012, 168 del 2014, 251 del 2015, 63 e 262 del 2016, 5 del 2018 e 88 del 2020), 4 in sede di giudizio per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato (sentenza n. 82 del 2011 e ordinanza n. 185 del 2014 nella fase di merito; ordinanze nn. 334 del 2008 e 164 del 2018 nella fase di ammissibilità) e 1 nel giudizio di ammissibilità di referendum abrogativo (sentenza n. 45 del 2005)»[2].

Inoltre, è interessante notare come, in un range di soli quattro anni, vi sia stato un vistoso incremento (+84%) dei "richiami" della Carta: al 31 maggio 2017, infatti, erano 106 le pronunzie in parola.

Dati numerici a parte, occorre esaminare congiuntamente gli aspetti tradizionali del fenomeno oggetto del presente lavoro e quelli imposti dall'entrata in vigore e dalla progressiva applicazione della Carta dell'Unione europea da parte dei giudici comuni e Corti in genere, in virtù dell'incidenza che la presenza di tali fattori ha sul terreno del diritto costituzionale.

2. *La disapplicazione giudiziale della legge*

Anzitutto, è necessario scegliere di *quale* disapplicazione discorrere, circoscrivendo l'analisi alla sola disapplicazione *giudiziale* della *legge*. Ciò si rende necessario, ora

[1] La pronunzia in parola è stata oggetto di numerosi commenti. Tra i tanti, v. A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 3/2017; M. CAREDDA, *Carta di Nizza e giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. Note a margine della sent. n. 269 del 2017 della Corte costituzionale*, in *Diritto e società*, 1/2018, 99 ss.; C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il "cammino comunitario": invito alla discussione sulla sentenza n. 269/2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 18 dicembre 2017; G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, 2948 ss.; G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, 2955 ss. Sugli sviluppi della giurisprudenza inaugurata con la sent. n. 269 v., *ex plurimis*, A. COSENTINO, *La Carta di Nizza nella giurisprudenza di legittimità dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2018; C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'*obiter dictum *della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2019.

[2] SERVIZIO STUDI DELLA CORTE COSTITUZIONALE, *L'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di R. Nevola, 2021, in *www.cortecostituzionale.it*.

Cfr. SERVIZIO STUDI DELLA CORTE COSTITUZIONALE, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'interpretazione delle sue clausole finali nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di R. Nevola, 2017, in *www.cortecostituzionale.it*.

perché vi sono ipotesi di non applicazione di fonti non primarie, ora perché esse sono attuate da soggetti diversi dal giudice.

Va inoltre tracciata preliminarmente una linea di demarcazione tra ciò che è applicazione e ciò che non lo è: una linea che corre sul crinale tra *legis-latio* e *iuris-dictio*, tra «regole generali e/o astratte» e «norme individuali»[3] e, in ultima analisi, tra abrogazione e disapplicazione della legge. Traslando il discorso alla disapplicazione, in questa sede ci si occupa quella che non riguarda «le antinomie create dal legislatore, […] afferenti al piano delle *disposizioni*» e dunque «*apparenti*», bensì quelle «*reali*», cioè «solo quelle giudizialmente risolute […]»[4]. Più nello specifico, si è scelto di concentrare la ricerca sulla disapplicazione della legge nel quadro di *una sola* forma di *legis-executio*, quella giudiziale, escludendo così l'*amministrazione*; e, ciò nonostante, tanto i giudici quanto gli amministratori esercitino delle funzioni «convergenti», ponendosi entrambi «a ridosso delle concrete, specifiche vicende sociali»[5].

Quanto ai caratteri essenziali della disapplicazione[6], sotto il profilo *effettuale*, si ritiene di aderire alla posizione di chi la considera come un «effetto di un…effetto, vale a dire la conseguenza di un evento previamente, diversamente qualificato»[7]. Questa impostazione consente infatti di spiegare perché è possibile trovare casi di disapplicazione in diversi contesti in cui alla produzione di un effetto giuridico (abrogazione, invalidità, ecc.) segue la non applicazione di una norma giuridica.

Prendendo tuttavia le mosse da alcune definizioni che dell'istituto sono state date[8], è possibile tracciare i caratteri ricorrenti in ogni forma di disapplicazione (giudiziale) e, in particolare:

---

[3] L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, 2016, 137.

[4] Così, A. RUGGERI, *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale. I. L'ordinazione in sistema*, Torino, 1993, 61. Sul tema, le trattazioni della dottrina sono molteplici. Basti qui richiamare V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, 181.

[5] In argomento v. L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, spec. 335, ma *passim*.

[6] Per un'indagine più approfondita sui caratteri e il fondamento della disapplicazione, sia consentito il rinvio ad A. AMATO, *Disapplicazione giudiziale della legge e la Carta di Nizza: profili costituzionali*, Napoli, 2021, spec. 60 ss.

[7] Così, A. RUGGERI, *Continuo e discontinuo nella giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sent. 170/84, in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno: dalla "teoria" della separazione alla "prassi" della integrazione intersistemica?* in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/1991, 1583 ss., ora in ID., *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, I, Torino, 1992, 263. La tesi della disapplicazione come effetto di un altro effetto era già stata coniata dall'A. citato in *Materiali per uno studio dei limiti al sindacato di costituzionalità sulle leggi (introduzione ad una teoria giuridica della funzione "giurisprudenziale" conseguenziale)*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, I, Padova, 1985, 741 ss., poi confluito, con qualche aggiornamento, in ID., *Le attività "conseguenziali" nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore (Premesse metodico-dogmatiche ad una teoria giuridica)*, Milano, 1988, 222 ss.

[8] Per Guarino, si ha disapplicazione «quando l'atto deve essere considerato irrilevante rispetto ad una concreta fattispecie in relazione alla quale non produce quindi gli effetti che avrebbe dovuto produrre». Essa ha carattere «eminentemente relativo» poiché «riguarda gli effetti in relazione ad una fattispecie che si presenta in concreto», con esclusione tanto di un'efficacia retroattiva quanto *pro futuro*. Sotto quest'ultimo profilo, poiché la disapplicazione non inficia la validità dell'atto, non si produrranno effetti tanto in relazione a fattispecie analoghe a quelle della "prima" disapplicazione, quanto a fattispecie differenti. Cfr. G. GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 1951, 356-386, ora in ID., *Dalla Costituzione all'Unione europea*, I, Napoli 1994, 276.

a) anzitutto, la disapplicazione è frutto di un *incidente*, cioè di un «avvenimento inatteso che interrompe il corso regolare di un'azione»[9] (in questo caso l'applicazione di una norma); ciò che è maggiormente evidente per la disapplicazione giudiziale – dato che l'azione in corso è data dalla doverosa applicazione della legge, alla quale il giudice è costituzionalmente soggetto – ma che è valido per qualsiasi caso di applicazione di una norma; *b*) dalla natura incidentale della disapplicazione deriva anche la sua natura essenzialmente *singolare*, cioè propria di una «singola fattispecie» (di un singolo caso) e non di altre, anche se simili o identiche (efficacia *inter partes* della dichiarazione[10] di disapplicazione, ove pronunziata giudizialmente); *c*) essa è relativa a *norme* contrastanti, contenute in *atti* (o *disposizioni* di essi) *contemporaneamente vigenti* e disciplinanti lo *stesso oggetto*; questa è una delle caratteristiche delle antinomie c.d. *reali* – cioè quelle risolte dal giudice con effetto *inter partes*[11] e non dal legislatore (mediante abrogazione della disposizione, che elimina così un'antinomia *apparente*) –, esistenti tra norme contemporaneamente vigenti[12]; *d*) essa paralizza «alcuni effetti dell'atto» sotto lo specifico profilo della *non produzione di un effetto* di una determinata *norma*, in un determinato momento (esclusione di effetti retroattivi e di quelli *pro futuro*); *e*) l'effetto in parola non si produce in relazione a *tutti gli altri possibili effetti* che l'atto può spiegare (permanenza «in vita» dell'atto); *f) oggetto* della disapplicazione è la norma[13].

3. *La disapplicazione "europea", tra separazione ed integrazione ordinamentale*

Un ragionamento in parte diverso andrebbe condotto per la disapplicazione "europea". Al riguardo ci si potrebbe interrogare circa la sua eventuale differenza rispetto a quella "comune", *attraverso il* «cammino comunitario»[14] che la Corte costituzionale ha proseguito anche dopo la nota sentenza *Granital* e, sembrerebbe, sino ai giorni nostri.

Per Mortati, la disapplicazione modifica solo «alcuni effetti dell'atto, senza che sia toccata la vita di questo». In particolare, essa comporta il «potere di non applicare ad una singola fattispecie o per particolari effetti un atto, che per altre fattispecie o ad altri effetti rimane pienamente valido ed efficace». Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1975, 294.

[9] TRECCANI, *Vocabolario online*, voce *Incidente (2)*, in *www.treccani.it/vocabolario/incidente2/*.

[10] C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Milano, 2008, 18.

[11] V. CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., 181.

[12] A. RUGGERI, *Fonti e norme nell'ordinamento*, cit., 61.

[13] Sulla distinzione tra disposizione e norma, imprescindibile è il riferimento a V. CRISAFULLI, *op. ult. cit.*, 41, (e ID., *Disposizione e norma*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, 195 ss.) per il quale le disposizioni costituiscono «il contenuto prescrittivo dell'atto» […] e possono vedersi, in un certo senso, come l'atto medesimo (o una sua parte) nella sua unità dialettica di forma e contenuto». Le norme, invece, non sono un elemento dell'atto ma «ne stanno fuori, quali entità staccate ormai dalla loro fonte […] con un proprio significato, che può in varia misura divergere […] da quello originariamente espresso dalle rispettive disposizioni […] poiché esso si determina in funzione dell'ordinamento complessivo».

[14] P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, 2401 ss.

A tal proposito, è possibile affermare, in generale, che il sostanziale controllo diffuso[15] cui ha dato luogo la sentenza *Granital* sia stato frutto di un bilanciamento[16] tra le regole del sistema incidentale e quelle a sostegno dell'affermazione del primato del diritto dell'Unione, con una conseguente *oscillazione del fondamento* della disapplicazione.

Un bilanciamento, questo, i cui termini possono ulteriormente cambiare a seconda della norma europea che si applichi direttamente in un giudizio nazionale. Il caso della Carta di Nizza è infatti emblematico dell'oscillazione del fondamento di cui si discute: *a*) in un primo momento, fino alla sentenza n. 269 del 2017 della Corte i due termini del bilanciamento (sistema accentrato e disapplicazione) hanno mantenuto l'assetto impresso dalla sentenza *Granital*; *b*) in una seconda fase, con la sentenza 269 e la sua spinta all'accentramento, ci si è orientati, per l'appunto, verso una soluzione "centralizzatrice"; *c*) da ultimo – ma è bene precisare che l'equilibrio sembra tutto tranne che… "stabile" –, con l'ord. n. 117 del 2019 (e le successive pronunzie del 2020 e del 2021) si starebbe virando verso le ragioni della diffusione, probabilmente a conferma di una rinnovata «centralità della disapplicazione»[17] come mezzo di risoluzione delle antinomie tra diritto europeo e diritto interno.

Ciò posto, l'ordinamento italiano fonda la disapplicazione sull'obbligo costituzionale di dare esecuzione ai Trattati con un'efficacia che sia «diretta ed ininterrotta», così come prescritto da *Simmental*[18] e recepito da *Granital*[19]. Ciò, tuttavia,

---

[15] In tal senso, A. RUGGERI, *Le fonti del diritto eurounitario ed i loro rapporti con le fonti nazionali*, in P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2019, 316. *Contra* M. DANI, *La sentenza n. 269 del 2017: una precisazione fuorviante?*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), Granital revisited. *L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, in *Annali di Diritto costituzionale*, 8/VI, Bologna 2020, 69, secondo cui «[…], *Granital* non introduce un controllo di compatibilità del diritto interno con il diritto UE di tipo diffuso. Nonostante questa sentenza attribuisca ai giudici comuni il potere di disapplicare le norme contrarie al diritto dell'Unione, il regime da essa definito è strettamente connesso all'esistenza del rinvio pregiudiziale, ovvero di un sistema che presuppone una stretta collaborazione tra periferia (giudici comuni) e centro (Corte di giustizia)», talvolta obbligatorio, come nel caso dei giudici di ultima istanza.

Al riguardo può affermarsi che si tratta indubbiamente di un controllo diffuso – essendo la questione pregiudiziale di diritto risolvibile dai giudici comuni –, tuttavia mitigato dall'obbligatorietà (in alcuni casi) del meccanismo del rinvio pregiudiziale che accentra la risoluzione delle questioni in capo alla Corte dell'Unione, e dalla naturale concentrazione in capo alla Corte di Cassazione di numerose questioni di diritto. Per altro verso, la circostanza per cui il rinvio pregiudiziale non è obbligatorio per le autorità non di ultima istanza dimostra che non vi è stretta connessione tra lo stesso e la disapplicazione.

[16] Sul bilanciamento dei diritti si v., per tutti, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; A. MORRONE, voce *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali II, Milano, 2008, 185 ss. Per una prospettiva teorico-generale, v. L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1985, 65 ss.

[17] Discute di tale centralità, V. PICCONE, *Diritti fondamentali e tutele nel difficile "*crossroad*" fra le Corti*, in *Federalismi.it*, 10/2019, 7, seppur con riferimento alle c.d. "sentenze sulle ferie" della Corte di Giustizia.

[18] Corte giust., 9 marzo 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato* c. *SpA Simmenthal*, C-106/77.

[19] «Il regolamento comunitario va, dunque, sempre applicato, sia che segua, sia che preceda nel tempo le leggi ordinarie con esso incompatibili […]. Va osservato […] che alla conclusione testé enunciata perviene, per parte sua, anche la Corte del Lussemburgo. Detto Collegio considera, è vero, la fonte normativa della Comunità e quella del singolo Stato come integrate in un solo sistema, e quindi muove da diverse premesse, rispetto a quelle accolte nella giurisprudenza di questa Corte. Quel che importa, però, è

a fronte di un'attribuzione di competenze almeno inizialmente circoscritta[20] e nel quadro di una teoria "dualista" che vede i due ordinamenti come «autonomi e distinti, ancorché coordinati»[21].

Vi è, poi, l'impostazione che mette in risalto l'aspetto della *integrazione* tra ordinamenti[22]. Ciò che è stato recepito, anche se non espressamente, dalla giurisprudenza costituzionale che, pur richiamandosi alla sentenza *Granital* («Come questa Corte ha affermato nella sentenza n. 170 del 1984 […]»), ha riconosciuto che i due ordinamenti sono «reciprocamente autonomi, ma tra loro coordinati e comunicanti»[23].

Un'autorevole dottrina ha tuttavia invitato ad abbandonare le ricostruzioni delle relazioni tra ordinamenti fondate sulle teorie monista e dualista, e ha proposto un aggiornamento di quella che definisce la «*fictio* degli ordinamenti separati, coordinati e

---

che col giudice comunitario si possa convenire nel senso che alla normativa derivante dal Trattato, e del tipo qui considerato, va assicurata diretta ed ininterrotta efficacia: e basta questo per concordare sul principio secondo cui il regolamento comunitario è sempre e subito applicato dal giudice italiano, pur in presenza di confliggenti disposizioni della legge interna» (Corte cost., sent. n. 170 del 1984, punto 6 del *Considerato in diritto*).

[20] Sul punto, basti solo considerare che, tra gli argomenti "di contorno" utilizzati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 183 del 1973 per sancire la presenza di limiti (i c.d. controlimiti) al primato del diritto dell'Unione, vi era anche quello della ridotta estensione delle materie attribuite alla competenza della Comunità: «Occorre, d'altro canto, ricordare che la competenza normativa degli organi della C.E.E. è prevista dall'art. 189 del Trattato di Roma *limitatamente a materie concernenti i rapporti economici*, ossia a materie in ordine alle quali la nostra Costituzione stabilisce bensì la riserva di legge o il rinvio alla legge, ma le precise e puntuali disposizioni del Trattato forniscono sicura garanzia, talché *appare difficile configurare anche in astratto l'ipotesi che un regolamento comunitario possa incidere in materia di rapporti civili, etico-sociali, politici*, con disposizioni contrastanti con la Costituzione italiana. É appena il caso di aggiungere che in base all'art. 11 della Costituzione sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate» (punto 9 del *Considerato in diritto*. Enfasi aggiunte).

Conferma che all'epoca della sentenza *Granital* le competenze dell'Unione «erano ancora piuttosto circoscritte» M. DANI, *La sentenza n. 269*, cit., 70, nel contesto di un ragionamento a sostegno della tesi della non emarginazione della Corte italiana ai tempi della sentenza del 1984.

Dal punto di vista storico-politico, poi, gli anni immediatamente successivi (1975-76) alla sentenza di cui si discorre costituirono un periodo «tra i più difficili e deludenti della vicenda comunitaria […]». Un frangente, questo, «di quasi totale paralisi istituzionale, segnato da una crisi economica che dominò ogni pensiero e ogni azione dei *leaders* europei». Così, G. MAMMARELLA, P. CACACE, *Storia e politica dell'Unione europea (1926-2013)*, Roma-Bari, 2013, 169.

[21] Corte cost., sent. n. 170 del 1984, punto 4 del *Considerato in diritto*. A conferma di ciò cfr. A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti. Contributo allo studio dei criteri ordinatori del Sistema delle fonti*, Padova, 2003, 240, la quale afferma come la Corte italiana abbia «sempre tenuto fermo il principio della separazione degli ordinamenti e del conseguente principio di mera disapplicazione della normativa interna contrastante».

[22] Una tesi, questa, che si fa risalire a Livio Paladin; riferimenti in G. SILVESTRI, *L'integrazione normativa tra ordinamento italiano ed europeo*, in *Nuova Antologia*, 2020, 90, e in S. BARTOLE, *Separazione o integrazione di ordinamenti?*, in AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007, part. 127 ss. Di recente v. ID., *Il metodo dell'ultimo Paladin dalla rilevazione della costituzione vivente alla sua ricostruzione*, *in corso di pubblicazione* su *Quaderni costituzionali*, 4/2021. Aderisce alla tesi dell'integrazione A. RUGGERI, *Le fonti del diritto eurounitario*, cit., 304 ss.

[23] Corte cost., sent. n. 389 del 1989, punto 4 del *Considerato in diritto*. Sul punto, quanto alle considerazioni appena esposte, si v., in termini analoghi, G. SILVESTRI, *op. ult. cit.*, 91, per il quale la Corte «elaborò il concetto di ordinamenti "coordinati e comunicanti" (sentenza n. 389/89), avendo cura però di citare esplicitamente il precedente, non proprio in termini, *Granital*, con l'effetto di rendere meno evidente la relativizzazione del quadro concettuale».

comunicanti[…]»[24], richiamando la più aggiornata giurisprudenza costituzionale sul punto, che parla del nostro ordinamento come inserito «nel "più vasto" ordinamento dell'UE (sentenza n. 348/2007) e di norme comunitarie "cogenti e sovraordinate" […] rispetto alle leggi ordinarie dell'ordinamento italiano (sentenza n. 28/2010)»[25].

A tal riguardo, viene proposta non tanto una classica «integrazione unidirezionale […], dal grande al piccolo» orientata da «un'idea di sovranità di stampo soggettivo e autoritativo», quanto piuttosto un'integrazione che muova dalla prospettiva della «"sovranità dei valori", [in cui] vale soltanto il riferimento all'intensità di tutela dei princìpi e diritti fondamentali non ordinati gerarchicamente»[26] e con la quale si mira ad una «massima espansione delle tutele»[27].

Conclusivamente, le "ragioni" della disapplicazione andrebbero probabilmente rinvenute nella necessità «di un'integrazione tra norme interne allo Stato e norme provenienti da un diverso sistema giuridico, alla cui vigenza l'Italia ha dato il proprio consenso […]»[28]; ciò, tuttavia, alla luce del criterio della massimizzazione delle tutele dei diritti fondamentali[29]. Un'osservazione, questa, che assume maggior pregnanza se letta alla luce dei cambiamenti intercorsi nell'Unione nei settant'anni trascorsi e che vede, da ultimo, tra le fonti europee applicabili nei giudizi nazionali proprio una Carta dei *diritti fondamentali*.

Nondimeno, la risposta alla domanda su quale sia il fondamento della disapplicazione nel nostro ordinamento può superare, senza negarla, anche l'impostazione da ultimo enunciata.

Nella "lotta" tra teoria monista e dualista, temporaneamente pacificata dalla teoria della integrazione degli ordinamenti, non è necessario prendere posizione, negandole tutte in radice: difatti sono tutte prospettive legittime dal punto di vista di ciascun osservatore: Corte di giustizia, Corte costituzionale, operatori del diritto che devono "far quadrare il cerchio" nelle operazioni di interpretazione ed applicazione del diritto.

Probabilmente, il cuore del problema sta proprio nel condurre «*alle ultime conseguenze*»[30] il ragionamento posto alla base delle sentenze sul "cammino comunitario": cosa avutasi con la sentenza *Granital* e la scelta della disapplicazione. Difatti, a parità di fondamento costituzionale (art. 11, già menzionato dalla Corte nel 1964 e individuato come fondamento nel 1973) è cambiata la *misura* – dichiaratamente portata dalla Corte, lo si ripete, «alle ultime conseguenze»[31] – con cui il nostro ordinamento

[24] G. SILVESTRI, *op. et. loc. ult. cit*.

[25] *Ibidem*.

[26] G. SILVESTRI, *op. ult. cit.*, 95.

[27] *Ibidem*. Una tensione che «non deve intendersi come massima immaginabile, ma come massima possibile, una volta effettuati i necessari bilanciamenti, certamente opinabili, ma inevitabili». Una «[…] maggiore o minore intensità di tutela […] effettuata, sul versante giurisprudenziale, da ciascun giudice nell'ambito della propria sfera di competenza fissata da trattati, costituzioni e leggi ordinarie. […] L'integrazione dovrebbe prodursi a partire da posizioni istituzionali chiare e distinte, frenando smanie di protagonismo, anche se abbellite da propositi salvifici». Riferimenti anche in D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di* ri-accentramento *della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, 246.

[28] In questi termini, C. PAGOTTO, *op. cit*. 127.

[29] G. SILVESTRI, *op. et loc. ult. cit*.

[30] Corte cost., sent. n. 170 del 1984, punto 5 del *Considerato in diritto*, enfasi aggiunta.

[31] A. BARBERA, voce *Costituzione della Repubblica italiana, in Enciclopedia del diritto*, Annali VIII, Milano, 2015, 351, discorre di un'«assunzione di limiti sempre più penetranti». Prosegue, poi,

consente al diritto europeo di produrre effetti, ciò che evidentemente incide sullo *strumento* scelto per produrli: l'abrogazione nel 1964, l'invalidità rilevabile dalla sola Corte nel 1973, la disapplicazione a partire dal 1984. È appena il caso di aggiungere che si tratta di una misura tutt'altro che fissa: di ciò ne è esempio la sentenza n. 269 del 2017; ma che trova nelle Corti costituzionali interne gli organi che agiscono sulla "manopola" del "trasformatore" dell'articolo 11. Risiede probabilmente in questa decisione di "politica della giurisdizione costituzionale"[32] il fondamento della scelta della disapplicazione.

4. *La recente applicazione orizzontale della Carta dei diritti*

Ora, la disapplicazione per contrasto con la Carta – e la sua sostanziale applicazione diretta nei giudizi comuni – potrebbe essere un utile strumento per garantire la «effettività dei diritti fondamentali nel contesto europeo»[33]. Di recente la questione è stata affrontata dalla Corte di Giustizia con alcune sentenze emesse nel 2018 e 2019 che hanno destato l'attenzione degli interpreti, specialmente nei casi di rapporti *inter privatos.* Si tratta di casi di rinvio pregiudiziale d'interpretazione promossi da giudici comuni, che hanno chiesto alla Corte di Giustizia dei chiarimenti in ordine all'eventuale contrasto tra le disposizioni interne ed europee in materia di diritti riconosciuti dalla Carta di Nizza-

commentando la sentenza *Granital* con la quale la nostra Corte «ha *accettato* il principio di prevalenza del diritto comunitario e la *conseguente* "non applicazione" del diritto italiano contrastante» (353. Enfasi aggiunte).

[32] Del resto, la dottrina più avvertita ha da tempo evidenziato la «forza politica» delle decisioni della Corte costituzionale: sul punto si v. T. MARTINES, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche* (1957), ora in ID., *Opere*, I, Milano, 2000, 208, che riconduce tale forza all'estensione del sindacato che la Corte esercita «sia pure in maniera indiretta, anche a quel settore dell'indirizzo politico della maggioranza del quale la norma è espressione».

È bene precisare che Martines prendeva come caso paradigmatico la dichiarazione di incostituzionalità di una specifica legge che, necessariamente, «incide sull'indirizzo della maggioranza» che l'ha adottata. Nel caso in discussione, vi è il controllo su una singola legge (la legge di esecuzione dei Trattati) ma gli effetti "politici" sono amplificati poiché le singole sentenze si sono sommate ed hanno dato luogo ad una vera e propria giurisprudenza (identificabile anche con un nome: "cammino comunitario") che, inevitabilmente, ha avuto ed ha dei riflessi sull'indirizzo politico.

[33] Si veda O. POLLICINO, *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di* digital privacy *come osservatorio privilegiato*, in *MediaLaws – Rivista dir. media*, 3/2018, 24.

Strasburgo. Si tratta – solo per menzionarne alcune – delle controversie *Bauer*[34], *Max Planck*[35] e *Cresco*[36].

Occorre concentrarsi sul significato costituzionale di tali pronunzie, proprio per l'effetto orizzontale spiegato da alcune norme della Carta. È infatti l'applicazione orizzontale dei diritti fondamentali in sé a presentare qualche "controindicazione": tralasciando la questione circa un eventuale travalicamento dell'ambito di applicazione del diritto europeo[37] e della soggezione del giudice alla legge[38] – in gioco non solo nel caso delle controversie tra privati – l'effetto orizzontale potrebbe incidere sui valori della certezza del diritto[39] e del legittimo affidamento[40].

Nelle sentenze richiamate, infatti, viene sostanzialmente aggirato il divieto di effetti orizzontali delle direttive[41], applicando direttamente la Carta in un giudizio tra privati. Non è una novità assoluta quella di applicare orizzontalmente fonti del diritto primario dell'Unione (Trattati e principi generali) [42]; nondimeno, ciò può incidere sui principi appena menzionati.

Difatti, quanto alla certezza del diritto[43], è la stessa possibilità di sindacare mediante un controllo diffuso la legge a minare il principio in parola, una «costante nel sistema di

---

[34] C-569/16, *Stadt Wuppertal* c. *M.E. Bauer*, riunita alla causa C-570/16, *TWI Technische Wartung und Instandsetzung Volker Willmeroth eK* c. *M. Broßonn*, nella quale ultima il datore di lavoro è pubblico. Le tre sentenze (*Kreuziger*, *Bauer* e *Max Planck*) sono state analizzate congiuntamente dagli studiosi. V., ad esempio, G. BRONZINI, *Il "Trittico" della Corte di giustizia sul diritto alle ferie nel rilancio della Carta di Nizza*, in *Federalismi.it*, 10/2019, 2 ss. Sia inoltre consentito il rinvio a A. AMATO, *Giudice comune europeo e applicazione diretta della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE: Corte di Giustizia e Corte costituzionale a confronto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2020, 445-469.

[35] Corte giust., Grande sez., 6 novembre 2018, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV* c. *Tetsuji Shimizu*, C-684/16.

[36] Corte giust., 22 gennaio 2019, *Cresco Investigation GmbH* c. *Markus Achatzi*, C-193/17. A commento della sentenza si v. M.E. GENNUSA, *Un nuovo pezzo del puzzle: l'effetto diretto della Carta alla prova del caso* Cresco, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019, 459 ss.

[37] Ha trattato diffusamente il tema, soffermandosi anche sui principi generali di diritto e sulle disposizioni della Carta, M.E. BARTOLONI, *Ambito di applicazione del diritto dell'Unione Europea e ordinamenti nazionali. Una questione ancora aperta*, Napoli, 2018, 184 ss.

[38] Orbene, in relazione alla questione della soggezione del giudice alla legge sia consentito brevemente osservare che il giudice, quando applica una qualsiasi norma del diritto europeo avente effetto diretto osserva doverosamente la legge di esecuzione dei Trattati (alla quale è soggetto, al pari delle altre leggi), che trova copertura nell'art. 11, Cost. Analogamente, v. A. RUGGERI, *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, in *Consulta Online*, 18 dicembre 2019, 714, nt. 30, per il quale non applicare direttamente norme sovranazionali *self-executing* comporta la violazione della *legge* di esecuzione del trattato, sradicando così il giudice dal vincolo della esclusiva soggezione alla legge.

[39] Al riguardo, non è un caso che la compressione del principio della certezza del diritto sia stata presa in considerazione proprio dalla dottrina che, anticipando la sentenza n. 269 del 2017, ha messo in evidenza i rischi di un'applicazione indiscriminata di tutte le norme della Carta di Nizza. Cfr. A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2018, 164.

[40] Alcuni di questi valori vengono evocati, con riferimento agli effetti diretti orizzontali delle direttive, da P. CRAIG, *Directives: Direct effect, Indirect Effect and the Construction of National Legislation*, in *European Law Review*, 22/1997, 520 ss.

[41] G. SORRENTI, *CDFUE e rapporti* inter privatos *ovvero «*L'essenziale è invisibile agli occhi*»? (ancora sulla doppia pregiudizialità…passando per* Saint Exupery*)*, in *Consulta Online*, 19 gennaio 2021, 7, la quale discorre di «un *escamotage* per aggirare l'ostacolo del verso in senso solo verticale riconosciuto all'efficacia esplicata dalle direttive».

[42] Maggiori approfondimenti sul punto, volendo, in A. AMATO, *op. cit.*

[43] Ci si riferisce ad una nozione "classica" di certezza del diritto. Sul punto v. M. LUCIANI, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell'interpretazione e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 12/2019, spec. 364, il quale

valori al quale si ispirava il Costituente»[44]. Ciò che assume un maggior rilievo quando il controllo sostanzialmente diffuso in ordine alla compatibilità del diritto interno sarebbe precluso in virtù della sola efficacia verticale delle direttive *self-executing*. Nondimeno, come si tenterà di argomentare *infra*, esso è un valore «da non "sacralizzare" in modo acritico ma neanche da dimenticare con leggerezza, specialmente in quanto connesso con il vicino valore […] dell'eguaglianza»[45].

Sul contiguo principio di affidamento[46], può osservarsi quanto segue. Invero, se già nel caso della produzione di eventuali (vietati) effetti orizzontali di una direttiva il terzo non potrebbe prevedere le conseguenze giuridiche della propria condotta[47], *a fortiori* ciò avverrebbe nel caso dell'effetto orizzontale di una disposizione della Carta. Il terzo farebbe infatti affidamento, oltre che sulla vigenza del diritto nazionale, anche sul fatto che la direttiva non attuata non potrebbe produrre effetti orizzontali in base ad una consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia[48].

---

individua il fondamento di tale valore in chiave storica (per cui «l'ordinamento giuridico statale deve garantire prestazioni di *certezza*») e funzionale (alla democrazia, alla libertà e all'eguaglianza). Riferimenti più approfonditi, anche in relazione alla distinzione tra certezza e affidamento, in ID., *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Diritto e Società*, 3/2014, 470 ss. Sulla certezza del diritto si vedano, *ex plurimis*, F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto* (1942), ed. riveduta a cura di G. Astuti, Milano, 1968, per il quale «il diritto con la sua norma introduce la certezza nella vita sociale, garantendo la qualifica dei comportamenti possibili» (cfr. inoltre, *ivi*, le repliche di Calamandrei e Carnelutti); A. PIZZORUSSO, *Certezza del diritto*, II, *Profili applicativi*, in *Enciclopedia giuridica*, VI, Roma, 1988; L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, II, Torino, 1988; C. PINELLI, *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Diritto pubblico*, 2/2019, 549 ss.; Sulla certezza del diritto come «concetto normativo» (e sul contenuto della relativa nozione), v. G. PINO, *La certezza del diritto nello Stato costituzionale*, in A. APOSTOLI e M. GORLANI (a cura di), *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, Napoli, 2018, 9 ss., spec. 11 s.

[44] Così C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. I. Le ideologie del Costituente* (1979), Napoli, 2014, spec. 103.

[45] Così V. SCIARABBA, *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008, 363.

[46] Di recente, sul legittimo affidamento, v. F.F. PAGANO, *Legittimo affidamento e attività legislativa*, Napoli, 2018, 55 ss.

[47] D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018, 301. Sulla questione v., inoltre, V. SCIARABBA, *Dopo Mangold la Corte di giustizia torna sul rapporto tra principi generali, direttive e norme interne*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2/2010, 380: «il privato che si trova a soccombere in un giudizio a causa, in sostanza, del suo aver agito facendo legittimamente affidamento su una disciplina nazionale che poi però – anche per effetto della direttiva non recepita […] – è stata in tutto o in parte ritenuta "anticomunitaria" e su tale base disapplicata».

[48] A sostegno di questa affermazione, v. R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Milano, 2021, 159, nt. 148. L'A. cit. è infatti critico nei confronti della giurisprudenza della Corte di giustizia che riconosce un effetto diretto e orizzontale alle disposizioni della Carta: cfr. ID., *A che serve la Carta dei diritti? Un problema poco considerato*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2020, 864, per il quale «la prevedibilità dell'applicazione della legge […] subisce un duro colpo» quando la Corte riconosce, con una forzatura, l'effetto diretto di disposizioni del Trattato «anche in senso sfavorevole al privato» e anche della Carta: «attraverso la dilatazione delle regole sull'effetto diretto, si punta a riconoscere la diretta efficacia di tutti i principi contenuti nell'ordinamento dell'Unione europea, a partire dai diritti sanciti dalla Carta dei diritti, ormai incorporata nel trattato […]».

Sull'efficacia della Carta, a vent'anni dalla sua proclamazione, si v. i numerosi contributi nella sezione monografica di *Quaderni costituzionali*, 3 e 4/2020.

5. *Considerazioni conclusive: quale spazio per la disapplicazione?*

Per i motivi appena enunciati l'applicazione della Carta, per essere giustificata, dovrebbe essere circoscritta a casi specifici ed in presenza di ragioni oggettive[49].

Anzitutto, la disposizione della Carta dovrebbe contenere una proposizione normativa caratterizzata da un certo tasso di *precisione prescrittiva*. La misura della precisione non può che essere stabilita tramite il *test* sull'effetto diretto effettuato dalla Corte di Giustizia. Diversamente, risulta problematico discutere dell'applicazione diretta di una norma dalla struttura nomologica a maglie larghe, cioè di un *principio*, anche considerando i vari gradi di genericità cui può essere improntato[50]. Oltretutto, l'applicazione di un principio si presta alla classica obiezione per cui, in linea generale, una norma di principio è incapace di «governare autonomamente la fattispecie al vaglio del giudice nazionale»[51].

Al riguardo, il miglior esempio (finora avutosi) di individuazione giurisprudenziale di una regola nella Carta, da parte della Corte di Giustizia, è il caso *Max Planck*, in cui si è elaborato un *test* sull'effetto diretto della Carta, potenzialmente valevole per altri futuri giudizi. In particolare, nella pronunzia è presente l'elencazione delle caratteristiche sostanziali che la disposizione deve avere (imperatività, mancanza di condizionalità, assenza di rinvio ad altre fonti)[52].

Il tasso di precisione della norma probabilmente non basta ad individuare uno spazio in cui sia possibile pensare ad un'applicazione orizzontale e diretta della Carta. Invero, essa, proprio perché foriera di criticità in ordine al principio della certezza del diritto, dovrebbe essere ulteriormente circoscritta. Solo in tal modo è possibile dare la prevalenza, di regola, al principio di certezza del diritto, senza con ciò sacrificare la tutela dei diritti individuali in determinate, specifiche situazioni, di seguito indicate.

---

[49] Per un'argomentazione più articolata delle considerazioni conclusive espresse nel presente scritto, sia consentito il rinvio ad A. AMATO, *Disapplicazione*, cit., 179 ss.

[50] La questione rimanda ad una sterminata letteratura scientifica. Oltre alla nota diversità di posizioni esistente tra Hart e Dworkin, su cui v. P. SOPER, *Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute*, in *Michigan Law Review*, 75/1977, 481, va menzionata la nota teoria per la quale un principio generale ha «*un'eccedenza di contenuto deontologico*» rispetto alle regole (E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione* (1955), II, ed. a cura di G. Grifò, Milano, 1990, 849, corsivo testuale); tra gli altri, si possono in questa sede menzionare: L. MEZZETTI, *Teoria costituzionale. Principi costituzionali – Giustizia costituzionale, Diritti umani – Tradizioni giuridiche e fonti del diritto*, Torino, 2015, 44 ss.; R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988, 179. Su alcune caratteristiche delle regole costituzionali v. A. PACE, *Interpretazione costituzionale ed interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2006, 8 ss.

[51] Cfr. D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione Europea negli ordinamenti nazionali*, cit., 196, il quale si interroga, inoltre, sulla possibile diretta efficacia dell'articolo 31, par. 2 della Carta, auspicando un intervento chiarificatore della Corte di Giustizia. La qualcosa sembrerebbe essere occorsa con la pronunzia *Max Planck*.

[52] Nondimeno, va rilevata una certa ambiguità terminologica della Corte (quanto alla distinzione tra regole e principi) laddove in un passaggio della sentenza afferma che il giudice nazionale debba «disapplicare una normativa nazionale contrastante con il *principio* […] secondo cui il lavoratore non può essere privato di un diritto maturato alle ferie annuali retribuite […]» e in un altro diversamente asserisce come dalla formulazione dell'articolo 31, paragrafo 2, della Carta risulti un «*diritto*» del lavoratore a ferie annuali retribuite.

Tra i rapporti orizzontali, infatti, è possibile distinguere quelli in cui vi è una «falsa orizzontalità»[53]: è un caso che di frequente si registra in diversi campi del diritto privato e del lavoro[54] e del quale sono un esempio lampante i casi *Bauer* e *Max Planck*. In essi, infatti, dietro alla formale parità-orizzontalità delle due parti del rapporto giuridico, si cela un "verticale" squilibrio di poteri (datore di lavoro-lavoratore) che, già da tempo, ha fatto ragionare una sensibile dottrina intorno alla categoria dell'interesse legittimo di diritto privato[55].

Diversamente, vi sono situazioni (ad es. *Cresco*) nelle quali anche nella *sostanza* il rapporto è paritario. In questi casi, in una prospettiva *de jure condendo* – posto che, stando al diritto vigente, tutte le norme dotate di effetto diretto devono avere la prevalenza sulle statuizioni interne antinomiche – in assenza della lesione del principio di eguaglianza sostanziale non sarebbe giustificabile un sacrificio della certezza del diritto.

In conclusione, è probabilmente l'ambito dei *rapporti formalmente orizzontali ma sostanzialmente verticali* l'unico campo in cui sarebbe giustificata la disapplicazione della legge per contrasto con la Carta, al fine di somministrare una tutela immediata ed effettiva ad un individuo che, altrimenti – di fronte alla prospettiva di un'azione giudiziaria forse fruttuosa ma lunga nei tempi –, probabilmente rinuncerebbe persino ad instaurare *ab initio* la causa innanzi al giudice nazionale, a lui più prossimo.

Un quadro così descritto, come si è visto, non è privo di risvolti problematici. Nondimeno, il ristabilimento di una condizione di eguaglianza tra persone, bilanciando tutela dei diritti e certezza del diritto, nelle specifiche ipotesi appena descritte, potrebbe ostacolare la «dominanza della fattualità economica» nello spazio europeo[56], nella prospettiva della sovranità oggettiva dei valori[57].

---

[53] M.E. GENNUSA, *op. ult. cit.*, 646.

[54] In particolare, nelle materie afferenti all'impresa ed alla proprietà, v. l'ampia rassegna presente in C. MAZZÙ, *La logica inclusiva dell'interesse legittimo ne rapporto tra autonomia e sussidiarietà*, Torino, 2014, 3 ss.

[55] Sul quale un contributo fondamentale è stato dato da L. BIGLIAZZI GERI, in più scritti tra cui *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967.

[56] L'espressione è di P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020, 34.

[57] G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in ID., *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, 2005, spec. 69 ss.

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

CONVEGNO DEL GRUPPO DI PISA
IL DIRITTO COSTITUZIONALE E LE SFIDE DELL'INNOVAZIONE TECNOLOGICA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA – 18-19 GIUGNO 2021

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E INNOVAZIONE TECNOLOGICA*

FABIO FRANCESCO PAGANO**

SOMMARIO: 1. Le principali fasi dell'innovazione tecnologica della PA. – 2. La digitalizzazione tra organizzazione e semplificazione dei procedimenti amministrativi. – 3. L'attività di servizio pubblico e i servizi pubblici *on-line*. – 4. Il diritto di accesso ai servizi *on-line* quale componente dei diritti di cittadinanza digitale. – 5. L'esercizio dei poteri autoritativi alla prova della digitalizzazione: le decisioni amministrative algoritmiche e il principio di legalità. – 6. I limiti del ricorso alle decisioni automatizzate nella giurisprudenza amministrativa e la legalità algoritmica. – 7. Brevi considerazioni conclusive.

1. *Le principali fasi dell'innovazione tecnologica della PA*

La pubblica amministrazione, alla pari dei privati e degli altri pubblici poteri, è stata profondamente influenzata dall'evoluzione tecnologica e dal processo di digitalizzazione della società. L'impatto delle nuove tecnologie ha riguardato in modo significativo tanto l'organizzazione quanto l'azione amministrativa, secondo delle linee di sviluppo che si cercheranno di delineare e, da ultimo sembra investire, non senza problemi, anche l'esercizio dei poteri autoritativi.

Si è certamente passati da un'amministrazione che fa ricorso a strumenti cartacei ad un'amministrazione che gestisce file digitali e soprattutto, eroga servizi in forma digitale, secondo un processo che il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, illustrato

* Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista.

** Consigliere parlamentare dell'ARS – Componente del Centro di Studi sul Parlamento dell'Università Luiss Guido Carli di Roma. Le opinioni espresse sono strettamente personali e non sono in alcun modo riferibili all'Amministrazione di appartenenza.

alle Camere dal Presidente del Consiglio e successivamente notificato alla Commissione Europea, è destinato ad implementare[1].

Per il vero, il programma di sviluppo digitale della PA delineato dal PNRR rappresenta solo l'ultimo ambizioso progetto di avanzamento digitale della PA, posto chesono stati numerosi i piani per la digitalizzazione redatti in Italia negli ultimi anni. Questi, inseriti nell'ambito di più ampie iniziative promosse dall'Unione Europea (tra cui il piano di investimenti per l'Europa, *InvestEU* e i più recenti progetti del *Next Generation EU* approvati in risposta alla crisi pandemica), spesso muovono dalla presa d'atto dell'insufficiente livello di implementazione delle soluzioni tecnologiche raggiunto dall'amministrazione, ribadendo l'indifferibile necessità di perseguire tale obiettivo quale volano per lo sviluppo economico e sociale del paese e dell'intera Unione europea.

Come efficacemente evidenziato da alcuni commentatori, l'innovazione tecnologica ha permesso che nell'arco del ventesimo secolo si inverassero, sovrapponendosi tra loro, almeno tre modelli di pubblica amministrazione: la Pubblica Amministrazione 1.0, che corrisponde al paradigma di Pubblica Amministrazione del diciannovesimo secolo, caratterizzato dall'utilizzo di supporti cartacei. La Pubblica Amministrazione 2.0, che fa uso dell'elettronica. La Pubblica Amministrazione 3.0 verso cui, nel XXI secolo, il settore pubblico ha iniziato ad evolversi grazie all'impiego della rete internet, dei portali digitali, delle applicazioni mobili e dei social network[2].

In ultimo, viene in rilievo una quarta fase di evoluzione della P.A. che si caratterizza per un forte tasso di automazione e di interconnessione e nella quale riveste un ruolo centrale l'attività di elaborazione, conservazione e trasformazione di dati che si accompagna al ricorso all'algoritmo, inteso come una «sequenza finita di passi elementari che portano alla risoluzione di un problema»[3], secondo un fenomeno che è ben lungi dal riguardare esclusivamente il settore pubblico[4].

Invero, raccogliere e porre alla base delle proprie azioni grandi quantità di dati non è una novità per le amministrazioni pubbliche e non rappresenta una caratteristica precipua della più recente evoluzione della P.A. Le amministrazioni statali e locali hanno accumulato per secoli enormi quantità di informazioni di ogni tipo: fiscali, sociali, immobiliari, geologiche e già prima sapevano come impiegare questi dati per provvedere all'attività di cura concreta dell'interesse pubblico e motivare le loro decisioni.

---

[1] Tra le molteplici misure contemplate dal piano vi sono, infatti, 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. Sul punto Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, approvato dal Consiglio dei Ministri il 12 gennaio 2021, in www.governo.it., 51 ss.

[2] D.U. GALETTA, J.G. CORVALÀN, *Intelligenza artificiale per una pubblica amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 3/2019, 2.

[3] M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi.it*, 16/2019, 9.

[4] F. COSTANTINO, *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei* big data, in *Diritto pubblico*, 1/2019, 48, il quale evidenzia come il ricorso alla predizione sia di per se spinoso quando sia impiegato da soggetti privati (ad esempio Facebook), ma lo diventi ancora di più quando vi facciano ricorso i pubblici poteri. Si discorre ormai della nostra come la "società dell'algoritmo" secondo quanto evidenziato da M. C. CAVALLARO, G. SMORTO, *op. cit.*, che richiamano sul punto J.M. BALKIN, *The Three Laws of Robotics in the Age of Big Data,* in *Faculty Scholarship Series*, 2017.

L'emergenza pandemica ha confermato quanto sia importante per l'Amministrazione detenere, raccogliere e gestire dati esatti, allo scopo di valutare l'efficacia dell'azione amministrativa e, tramite la predizione, indirizzare l'attività di governo[5].

Di contro, la più rilevante novità che caratterizza le amministrazioni nella fase attuale di impatto della tecnologia sul loro operato si rinviene nel fatto che le enormi quantità di dati in loro possesso sono ora sempre più spesso convertite in decisioni grazie all'uso di algoritmi[6] il cui utilizzo, come si dirà, rischia di mettere a dura prova le tradizionali categorie del diritto amministrativo, in particolare quelle aventi copertura costituzionale[7].

Inoltre, l'innovazione tecnologica non investe esclusivamente l'organizzazione e l'attività dell'amministrazione ma lo stesso modo di quest'ultima di relazionarsi con i cittadini, anche in ragione del riconoscimento da parte del legislatore di un fascio di nuovi diritti scaturenti dalla digitalizzazione e da far valere nei riguardi della P.A. che si compendiano nella "cittadinanza digitale" cui si farà cenno ma soprattutto, sempre con riguardo al rapporto tra PA e i cittadini, la digitalizzazione ha portato a compimento processi di trasformazione della PA già avviati nel secolo scorso. Ad esempio, ha positivamente inciso sul potenziamento della trasparenza amministrativa attraverso gli obblighi di pubblicazione di documenti, informazioni e dati in possesso della PA e il correlato "accesso civico", di cui agli artt. 3 e 5 del D.lgs. n. 33 del 2013, volto ad ottenerne la pubblicazione quando questa sia stata omessa.

I primi interventi legislativi sul tema dell'innovazione tecnologica della PA si registrano negli anni novanta del novecento. In particolare, dapprima fu introdotto il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 che si occupava dell'informatizzazione degli uffici pubblici, disciplinando le modalità di adozione degli strumenti tecnologici da parte degli uffici; poi, con la legge 15 marzo del 1997, n. 59, si è ulteriormente rafforzato il rapporto della pubblica amministrazione con l'utilizzo della tecnologia, quale strumento di comunicazione con i cittadini in grado di semplificare la fruizione dei servizi burocratici erogati dalla P.A.

Il momento di svolta sotto il profilo normativo è però rappresentato dagli anni duemila, quando la telematica ha avuto un formale riconoscimento nella legge 7 agosto 1990, n. 241, per effetto delle modifiche apportate con la legge 11 febbraio 2005, n. 15. Soprattutto, con l'art. 3-*bis*, a mente del quale "per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati". La previsione in parola, il cui tenore letterale, tutto sommato, sembrava circoscrivere l'impiego degli strumenti telematici in relazione ad un generico riferimento ai rapporti interni tra le PA e tra queste ed i privati, ha trovato un'ampia attuazione per il tramite del Codice dell'amministrazione

[5] M. TRESCA, «*Lo Stato digitale». Big data, open data e algoritmi: i dati al servizio della pubblica amministrazione,* in *Rivista trimestrale di diritto pubblico,* 2/2021, 556.

[6] G. ORSONI, E. D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'Amministrazione digitale: Open data e algoritmi*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3/2019, 593 ss.

[7] Sui quali S. CASSESE, *La costituzionalizzazione del diritto amministrativo*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, I, Torino, 2016, 501 ss., che si sofferma sui principi del diritto amministrativo inizialmente affermatisi sul versante amministrativo e poi oggetto di costituzionalizzazione.

digitale (CAD), adottato con d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 e modificato più volte, da ultimo attraverso la legge di riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni del 7 agosto 2015, n. 124 e con d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217 e ancora più recentemente con il D.L. 16 luglio 2020, n. 76 (decreto semplificazioni) e il D.L. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla legge 29 luglio 2021, n. 108, che, nell'ambito della disciplina della Governance del PNRR, ha previsto una serie di ulteriori misure tese a potenziare la transizione digitale della P.A, anche attraverso la modifica di alcune disposizioni del CAD.

Il CAD ha rappresentato un momento di svolta nell'evoluzione normativa in materia perché si è trattato della prima forma di disciplina organica dell'applicazione delle tecnologie informatiche nella pubblica amministrazione e nel rapporto tra l'amministrazione e gli amministrati[8]. Allo stesso tempo, però, questi non ha rappresentato il punto di arrivo della disciplina della digitalizzazione della P.A., ma piuttosto l'avvio di un processo "perennemente *in fieri*" di trasformazione dell'organizzazione e dell'azione amministrativa sulla base dell'impiego delle tecnologie digitali. Un processo in cui il codice avrebbe dovuto rappresentare, come effettivamente verificatosi, il *corpus* normativo di riferimento in tale materia.

L'evoluzione normativa che si è appena descritta si può sintetizzare in un percorso fatto di tre momenti fondamentali[9]. Lo sviluppo delle reti civiche, finalizzate a mettere in collegamento i soggetti pubblici e i vari enti presenti sul territorio; il c.d. *e-government*, che ricomprende tutti quegli utilizzi di tecnologie digitali finalizzati all'ottimizzazione dei processi interni dell'amministrazione e nei rapporti con i cittadini, con le imprese e con le altre amministrazioni e, da ultimo, l'*open Government*, avente la finalità di favorire un potenziale accesso aperto alle informazioni, di modo da rendere possibile una maggiore interazione tra amministrazione e cittadini con immediate ricadute sull'ampiezza della nozione di trasparenza amministrativa e così da inverare la suggestiva immagine dell'Amministrazione come "casa di vetro"[10].

Per il vero, lo sforzo per la digitalizzazione dell'amministrazione, nonostante gli interventi del legislatore appena richiamati, cui è corrisposto il percorso appena descritto, lascia intendere un ambizioso programma di innovazione tecnologica della PA che, sino ad ora, ma la sfida rappresentata dal PNRR lascia aperti nuovi scenari, non si è tradotto

[8] M. CARDONE, D. FOÀ, *La valorizzazione del patrimonio informativo nell'ambito delle strategie di digitalizzazione della pubblica amministrazione*, in *Munus*, 3/2020, 589.

[9] L. SPERATI, *Trasformazione digitale della pubblica amministrazione e ricerca dell'efficienza organizzativa*, in L. DONATO (a cura di), *Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione e normativa anticorruzione. Alla ricerca di un equilibrio tra legalità ed efficienza*, Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, 2020, 279 ss.

[10] Secondo la celebre espressione coniata da Filippo Turati nel 1908 (in Atti del Parlamento italiano, Camera dei deputati, sessioni 1904-1908, 17 giugno 1908, p. 22962) e ripresa nell'ambito della c.d. «Commissione Nigro» da cui è scaturita la prima stesura della legge n. 241 del 1990. La metafora della "casa di vetro" è stata ripresa, tra gli altri, da C. ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in ID., *La Costituzione italiana*, *saggi*, Padova, 1952, 256; G. ARENA, *Trasparenza amministrativa e democrazia*, in G. BERTI e G.C. DE MARTIN (a cura di), *Gli istituti della democrazia amministrativa,* Milano, 1996, 15.

in una compiuta opera di ammodernamento digitale di quest'ultima. Al riguardo non manca chi, fino a qualche anno addietro, discorreva di digitalizzazione di facciata[11].

Tra le cause del ritardo in questione vi è l'enorme frammentazione della galassia delle pubbliche amministrazioni[12] ciascuna gelosa di preservare la propria autonomia organizzativa in materia e il debole esercizio[13] della funzione di coordinamento informativo, informatico e statistico di cui al secondo comma dell'art. 117 della Costituzione da parte dello Stato[14]. Sul punto, basti pensare che l'AgID ha dipinto uno scenario di «forte frammentazione delle risorse e di frequenti situazioni di inadeguatezza tecnologica»[15], mentre il Commissario straordinario per l'Agenda digitale ha lamentato l'esistenza di "dodicimila città-Stato digitali"[16].

2. *La digitalizzazione tra semplificazione dei procedimenti amministrativi e organizzazione della PA*

Detto ciò, il CAD e le modifiche che vi sono state apportate di recente, sono tese a "ridefinire e semplificare i procedimenti amministrativi, in relazione alle esigenze di celerità, certezza dei tempi e trasparenza" e si prefiggono di realizzare tali obiettivi "mediante una disciplina basata sulla loro digitalizzazione". In particolare, questo è uno dei principi e criteri direttivi della legge 7 agosto 2015, n. 124 recante Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche e contenente, tra le altre, la delega all'adozione di uno o più decreti di riorganizzazione del CAD (art. 1, comma 1, lett. b), della l. n. 124/2015).

---

[11] F. CAIO, *Lo Stato del digitale*, Padova, 2014, 7.

[12] Secondo la ben nota osservazione della Corte costituzionale per cui "la Pubblica Amministrazione non è più oggi un blocco unitario, né sotto il profilo strutturale né sotto il profilo funzionale; essa si articola in un complesso di centri, i quali operano nelle forme più diverse e nei più diversi regimi" (sent. n. 878 del 1988). Sul punto, C. FRANCHINI, *L'organizzazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, 2003, I, 354, evidenzia come in ragione di una molteplicità di fattori tra i quali si annoverano, per quel che attiene il versante sovranazionale, i condizionamenti provenienti dal diritto europeo, si sia giunti ad un'articolazione dell'amministrazione italiana caratterizzata dalla ''frammentazione''e dalla ''complessità''. Discorre di un'amministrazione che nello Stato pluriclasse si ''plurisoggettivizza'' o si ''desoggettivizza'' perdendo la tradizionale unitarietà di organizzazione e di modelli operativi P. CARROZZA, *Governo e amministrazione*, in P. CARROZZA, A DI GIOVINE, G. F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2009, 896.

[13] E. CARLONI, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Diritto pubblico*, 2/2019, 372; M. SIMONCINI, *Lo «Stato digitale». L'agire provvedimentale dell'Amministrazione e le sfide dell'innovazione tecnologica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2/2021, 531, evidenzia come lo sviluppo tecnologico della P.A. in Italia non sia mai stata una vera priorità e si sia caratterizzato per dei forti ritardi poi riverberatisi sull'efficienza dell'azione amministrativa.

[14] Su cui F. MERLONI, *Coordinamento e governo dei dati nel pluralismo amministrativo*, in B. PONTI (a cura di), *Il regime dei dati pubblici*, Rimini, 2008, 153 ss.; D. MARONGIU, *La funzione di coordinamento informatico: autonomia delle Regioni e poteri del Ministro per l'innovazione e le tecnologie*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2005, 109 ss.

[15] Cfr. AgID, *La strategia cloud per la p.a.*, in *www.agid.gov.it.*

[16] "Le pubbliche amministrazioni locali sono state abbandonate e oggi ci sono 12.000 città-Stato, monarchie digitali": così L. ATTIAS, *Audizione davanti alla Commissione parlamentare sulla semplificazione*, 20 marzo 2019.

Più nel dettaglio, il modello di digitalizzazione che viene promosso dal CAD è quello ispirato al principio del "*digital first*", ossia «l'organizzazione ed erogazione "anzitutto digitale" dei servizi burocratici»[17] ed all'interno di una spinta alla "reingegnerizzazione" dell'azione e dell'organizzazione amministrativa[18], sicché le nuove tecnologie non dovrebbero essere impiegate solamente quali strumenti per lo svolgimento delle attività amministrative tradizionali. Tanto si desume già dall'art. 12 del CAD il quale sancisce che "le pubbliche amministrazioni nell'organizzare autonomamente la propria attività utilizzano le tecnologie dell'informazione e della comunicazione per la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione nel rispetto dei principi di uguaglianza e di non discriminazione".

Inoltre, l'art. 15 dello stesso CAD prevede una "riorganizzazione strutturale e gestionale" delle amministrazioni per perseguire le medesime finalità di cui al predetto art. 12, tanto che queste debbono "razionalizzare e semplificare i procedimenti amministrativi, le attività gestionali, i documenti, la modulistica, le modalità di accesso e di presentazione delle istanze da parte dei cittadini e delle imprese".

Dalle norme appena citate emerge in primo luogo il carattere strumentale dell'innovazione tecnologica rispetto al perseguimento del principio del buon andamento dell'Amministrazione di cui all'art. 97 Cost. ma anche l'idea che, nel contesto della digitalizzazione della P.A., organizzazione amministrativa e semplificazione procedimentale siano strettamente collegate e non potrebbe essere diversamente posto che, tanto la prima quanto la seconda, incidono sulle modalità e sui tempi dell'azione amministrativa e, quindi sia sull'attività di *service public* che su quella di *puissance publiqu*e.

In particolare, la "riorganizzazione strutturale e gestionale della PA" mediante l'uso delle nuove tecnologie prevista dall'art. 15 CAD sembra prima di tutto finalizzata a contrastare le inefficienze dell'amministrazione intese come ritardo nell'adozione della decisione amministrativa, anche mediante l'adozione di modelli organizzativi che impongano l'uso dell'informatica all'interno delle stesse amministrazioni e nei rapporti con altre P.A.

Infatti, il ritardo nello svolgimento dell'azione amministrativa e il risultato che ne consegue, ossia l'adozione di decisioni intempestive, frustra le esigenze di certezza temporale dei privati e delle imprese e, più in generale, rallenta l'attività di cura concreta dell'interesse pubblico. Allo stesso tempo, determina un livello non ottimale di impiego delle risorse pubbliche. Da qui l'uso delle tecnologie digitali per inverare modelli organizzativi improntati ad una maggiore efficienza ma anche per razionalizzare e semplificare i procedimenti amministrativi così da adottare decisioni finali tempestive.

Il CAD impone, però, una semplificazione che non si limita a disporre la riduzione dei termini del procedimento amministrativo o la soppressione di singoli passaggi

[17] E. CARLONI, *Tendenze recenti e nuovi principi della digitalizzazione pubblica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2/2015, 148ss.; G. CAMMAROTA, *L'erogazione on-line di servizi pubblici burocratici*, in *Informatica e diritto*, XI, 2/2002, 45 ss.

[18] E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2/2020, 274.

procedimentali ma, piuttosto, si basa sulla digitalizzazione del procedimento amministrativo. Infatti, secondo una linea di tendenza che riguarda la maggior parte dei paesi sviluppati, dove l'*e-government* costituisce oggi una realtà comune, i procedimenti amministrativi tradizionali sono stati progressivamente digitalizzati, anche con un forte impatto simbolico, com'è stato per il caso dei procedimenti in materia fiscale. Allo stesso tempo, però, l'uso di nuove tecnologie ha permesso o ha agevolato lo sviluppo di nuovi procedimenti amministrativi. Si tratta di un fenomeno che si può osservare, ad esempio,nel campo delle procedure ad evidenza pubblica[19].

Invero, la trasformazione digitale dell'azione amministrativa attraverso l'uso della tecnologia informatica, cui si accompagna l'interazione con le nuove tecnologie di comunicazione, comprese quelle associate a internet, si dimostra strettamente collegato con il processo di progressivo passaggio da un'amministrazione per atti ad un'amministrazione per risultati che ha interessato la PA a partire dagli anni duemila[20] nella misura in cui l'uso delle nuove tecnologie, come si evince dal CAD, è posto al servizio del perseguimento dei principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'organizzazione e dell'azione amministrativa.

La medesima tendenza verso l'impiego della digitalizzazione quale strumento di semplificazione delle procedure amministrative ma, anche dell'organizzazione amministrativa, si evince dalle misure contenute nel PNRR riguardanti il potenziamento dell'Amministrazione digitale. Il PNRR prevede, infatti, la "reingegnerizzazione, in chiave digitale, della disciplina dei procedimenti medesimi, da effettuare, tra gli altri, secondo i principi della soppressione degli adempimenti non più necessari, della riduzione dei tempi e dei costi, della trasparenza e dell'affidamento, della integrale digitalizzazione e della interoperabilità digitale".

Il PNRR, quindi, immagina una digitalizzazione dei procedimenti amministrativi che consenta di snellirne le fasi e di conseguire, così, una riduzione dei tempi e dei costi economici degli stessi, a tutto vantaggio del principio di trasparenza e dell'affidamento riposto dai privati nella celere conclusione delle procedure.

Il PNRR delinea un rapporto tra digitalizzazione e procedimento amministrativo che, sotto questo aspetto, non appare molto distante da quello prefigurato dal CAD, semmai il Piano differisce in ordine all'ampiezza della digitalizzazione dei procedimenti,

[19] J.B. AUBY, *il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 3/2019, 624; G. RACCA, C. YUKINS (a cura di), *Integrity and efficiency in sustainable public contracts, Bruxelles*, 2014.

[20] Su cui A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula «amministrazione per risultati»*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, vol. II, Napoli, 2001, 815-818.; M. IMORDINO, A. POLICE, (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati,* Torino, 2003, 5 ss.; G. CORSO, *Amministrazione di risultati* in *Annuario AIPDA* 2002, Milano, 2003, 127 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione. Introduzione*, ivi, 3 ss.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, 1 ss.; S. CASSESE, *Che cosa vuol dire «amministrazione di risultati»*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, 941; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, 556 ss.; L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008, 1 ss.

posto che si prevedono il monitoraggio di tutti i procedimenti amministrativi esistenti con l'obiettivo della loro "totale digitalizzazione"[21].

Sul versante del rapporto tra digitalizzazione e organizzazione amministrativa, il Piano prevede la digitalizzazione del *front office* e del *back office* e l'interoperabilità dei flussi documentali tra amministrazioni direttamente coinvolte nei procedimenti, quali SUAP e SUE, ma anche il potenziamento delle Conferenze di servizi telematiche, così da incidere su alcuni dei principali moduli organizzativi della PA all'interno del procedimento amministrativo.

Ciò detto, quando si discorre di influenza della digitalizzazione sull'organizzazione della PA non ci si può riferire esclusivamente alla sua incidenza in ordine all'organizzazione degli uffici e dei servizi in cui si articolano le amministrazioni statali, regionali e locali, la cui struttura è stata modificata con riguardo ai rapporti con gli utenti, ai rapporti con altre amministrazioni e ai rapporti interni alla pubblica amministrazione procedente in ragione del ricorso all'informatica e alla rete digitale, ma anche alla creazione di nuovi organi amministrativi chiamati a svolgere funzioni che trovano copertura costituzionale nell'art. 117, comma 2, lett. r) Cost.

Si pensi all'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID), istituita con il d.l. 22 giugno 2012, n. 83 allo scopo di favorire la diffusione dei sistemi e delle soluzioni dell'Ict nella P.A. attraverso la definizione di standard, l'elaborazione di regole tecniche e il coordinamento informatico dei progetti inseriti nell'agenda digitale italiana. A dire il vero, per rendere possibile una migliore pianificazione e il monitoraggio della transizione digitale, il D.L. n. 76/2020 ha trasferito alla Presidenza del Consiglio dei Ministri la competenza del coordinamento informatico delle amministrazioni statali, regionali e locali, dapprima attribuita alla stessa AgID cui rimane però il compito di predisporre le linee guida di attuazione del CAD e la c.d. agenda digitale.

Più recentemente, il D.L. n. 77 del 2021, all'art. 41, ha modificato il CAD introducendovi l'art. 18-*bis* che ha attribuito all'AgID un rilevante ruolo di controllo, verifica, vigilanza e monitoraggio in ordine al rispetto degli obblighi contenuti nel Codice e in ogni altra disposizione sull'innovazione tecnologica della P. A, ivi comprese quelle previste nelle Linee Guida e nel Piano triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione, da parte di quelle Amministrazioni nei cui confronti lo stesso Codice dell'Amministrazione digitale trova applicazione in forza dell'art. 2, comma 2, del CAD.

Sotto il profilo organizzativo assume particolare rilievo anche la figura del Responsabile per la transizione digitale (RTD), cui è demandato il compito presso ciascuna amministrazione di curare gli adeguamenti necessari per l'implementazione degli scopi del piano triennale 2019-2021 per la trasformazione digitale del Paese e della PA. Questi nell'intenzione del legislatore è chiamato ad essere l'"*e-leader*" della digitalizzazione delle strutture amministrative[22]. Inoltre, gli è stato demandato anche il compito di promuovere le iniziative formative e i progetti necessari a garantire un'adeguata preparazione tecnica dei dipendenti della P.A. In tal modo, si è voluto

[21] Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, approvato dal Consiglio dei Ministri il 12 gennaio 2021, in www.governo.it., 57.

[22] M. CARDONE, D. FOÀ, *op. cit*., 595.

responsabilizzare un soggetto all'interno della stessa amministrazione il quale è chiamato a rispondere del grado di avanzamento della digitalizzazione presso la singola PA.

Per il vero, tanto nel caso dell'istituzione dell'AgID, quanto in quello della previsione del RTD, il legislatore non ha fatto ricorso a modelli organizzativi nuovi ma si è limitato ad applicare all'amministrazione digitale figure organizzative già ampiamente sperimentate in altri settori della PA, basti pensare al Responsabile della Trasparenza o a monte, quale figura di riferimento con riguardo alla responsabilizzazione della PA, alla previsione del responsabile del procedimento amministrativo di cui alla legge n. 241 del 1990.

Sempre sul versante delle influenze della digitalizzazione sull'organizzazione amministrativa, l'art. 17 del Codice obbliga tutte le amministrazioni ad individuare un ufficio per la transizione digitale cui sono demandate le attività e i processi organizzativi funzionali alla realizzazione di un'amministrazione digitale e all'erogazione di servizi fruibili, utili e di qualità.

Inoltre, sempre presso l'AgID, è stato istituito l'Ufficio del Difensore civico per il digitale con il compito di ricevere le segnalazioni sulle presunte violazioni del CAD o di ogni altra norma in materia di digitalizzazione e innovazione, a garanzia dei diritti di cittadinanza digitale dei cittadini e delle imprese (art. 17, comma 1-*quater*, CAD). Anche in questo caso, però, per il perseguimento di nuovi obiettivi da parte della PA si è fatto ricorso a modelli organizzativi già sperimentati in passato ma non sempre con successo, basti pensare alla figura del difensore civico presso le amministrazioni locali.

Anche il PNRR è destinato ad incidere sull'organizzazione dell'Amministrazione, specialmente sull'assetto organizzativo preordinato all'erogazione di servizi ai cittadini, attraverso la previsione del consolidamento delle infrastrutture digitali. Il Piano contempla, infatti, la "razionalizzazione" ed il "consolidamento" delle infrastrutture digitali esistenti in un nuovo modello di *cloud* per la PA. Si prevede, inoltre, la realizzazione di un *Cloud Enablement Program* per favorire l'aggregazione e la migrazione delle PA centrali e locali verso soluzioni *cloud* e fornire alle stesse Amministrazioni il supporto procedurale e tecnologico utile alla transizione in parola.

3. *L'attività di servizio pubblico e i servizi pubblici* on-line

Orbene, la trasformazione digitale della pubblica amministrazione, come già accennato, si riflette anche sull'attività di prestazione posta in essere dalla PA e, quindi, sul funzionamento di determinati servizi pubblici, nonché sulle modalità di erogazione dei servizi attraverso la previsione di servizi pubblici on-line.

Quanto al primo aspetto, ad essere modificati dal ricorso dalle nuove tecnologie sono tutti i servizi a rete, sia quelli energetici che quelli legati al trasporto pubblico. Infatti, la rivoluzione digitale sta trasformando progressivamente l'organizzazione dei trasporti urbani, in particolare con l'emergere di una competizione altamente frammentata, guidata dalla c.d. "economia collaborativa" o "della condivisione"[23]. Cambia, anche, la struttura

[23] J.B. AUBY, *il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, cit., 625.

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"[24].

Ad esempio, con riguardo alle trasformazioni delle forme e delle modalità gestione dei servizi di trasporto pubblico, si pensi a Uber e alle controversie legali che hanno riguardato l'azienda in Italia in ragione dell'emergere di una nuova forma di erogazione del servizio di trasporto urbano non sussumibile in nessuna delle discipline allora vigenti e, quindi, priva di una specifica regolamentazione. A detta dell'AGCM, infatti, convivevano in Uber elementi di svariate fattispecie: il trasporto privato non di linea, con rilevanza d'interessi pubblicistici; il servizio d'intermediazione; la piattaforma comunicativa informatico-digitale, nonché la diffusione di sistemi di mobilità sostenibile, "*co-modale*" e "*technology-based*"[25].

La Corte costituzionale, chiamata ad esprimersi sulla legittimità di una legge della Regione Piemonte diretta a contrastare le offerte abusive di trasporto, nella sostanza la legge intendeva proprio contrastare Uber, con la sentenza n. 265 del 2016 ha chiarito come tali fenomeni incidano sulla stessa attività di regolazione dei servizi, al punto che l'evoluzione tecnologica determina la "senescenza della legislazione" e pone i titolari del potere normativo di fronte a questioni la cui dimensione trascende la sfera locale, avendo rilievo nazionale o europeo o addirittura globale[26].

Pertanto, di fronte all'evoluzione tecnologica e all'affacciarsi di nuovi servizi o di nuove modalità di erogazione degli stessi, i poteri pubblici chiamati ad esercitare l'attività di regolazione possono adottare un approccio "forte" imponendo limiti, quali tetti e licenze, per l'esercizio delle attività di servizio pubblico, oppure adottare orientamenti più aperti al mercato che allargano le maglie della regolazione, in considerazione delle nuove prospettive aperte dalla digitalizzazione ma senza rinunciare alla garanzia degli utenti.

In ogni caso, gli sviluppi che interessano i servizi pubblici locali appaiono particolarmente marcati nei contesti in cui è andato affermandosi il c.d. modello della "città intelligente" o della "*smart city*", ossia 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[27].

---

[24] J.B. AUBY, *Ibidem.*

[25] Autorità di regolazione dei trasporti, segnalazione 21 maggio 2015, in www.autorita-trasporti.it, propone una normativa sui Servizi Tecnologici per la Mobilità (STM): servizi distinti dal *car sharing* o *car pooling*, perché di natura commerciale.

[26] M. MIDIRI, *Nuove tecnologie e regolazione: il "Caso Uber"*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3/2018, 1034; ID, *Evoluzione tecnologica, anacronismi legislativi e nuove esigenze di regolazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/2016, 2307.

[27] Su cui AA.VV., *Smart Cities e amministrazione intelligenti*, in *Istituzioni del Federalismo*, 4/2015, numero monografico; E. FERRERO, *Le "smart cities" nell' ordinamento giuridico*, in *Foro amministrativo,* 2015, 1267 ss.; P.M. ROSA SALVA, *Sustainable development and local governments: how the energy transition is influencing public law, changing its borders and enhancing its evolution,* in *Federalismi.it,*

In Italia, il primo esempio in tal senso è rappresentato da un recente progetto del Comune di Roma Capitale che, attraverso la creazione di una *City data platform*, che rappresenterà il principale strumento di raccolta, anali e interpretazione di *big data* ottenuti tramite i *database* esistenti e sensori intelligenti installati in città, condurrà lo sviluppo della capitale verso il modello di una *smart city*, con ciò determinando una più efficiente *governance* della capitale che andrà a beneficio dei decisori pubblici e, soprattutto, dei cittadini[28].

In questi contesti, le infrastrutture e i servizi locali non solo beneficiano di una maggiore efficienza alimentata dalle nuove tecnologie, ma "stanno diventando sempre più interconnessi in un'ottica di sistema". A ciò deve aggiungersi l'ulteriore considerazione che, secondo quanto riscontrato dalla dottrina, nelle città intelligenti i servizi privati sembrano sempre più spesso sostituire o integrare i servizi pubblici esistenti[29].

Ciò detto, si deve evidenziare come la digitalizzazione dei servizi pubblici metta in moto profondi cambiamenti organizzativi dell'amministrazione pubblica, renda più efficiente l'erogazione del servizio e migliori la qualità del rapporto tra Amministrazione e utente. A tanto contribuisce anche l'impiego dell'intelligenza artificiale che, come si vedrà, in maniera molto meno problematica rispetto al campo delle decisioni autoritative, fa in modo che l'uomo venga sostituito dalle macchine per l'erogazione di svariati servizi pubblici. Ad esempio, i trasporti e le prestazioni sanitarie di diagnosi e cura o per l'attività di polizia amministrativa, il comando amministrativo espresso per il tramite del semaforo o il riconoscimento delle impronte digitali e facciali ai controlli delle dogane o degli aeroporti. Sempre l'IA influisce anche sull'attività di programmazione e sulle modalità di erogazione dei servizi in questione[30].

L'innovazione in ordine alle modalità di prestazione dei servizi pubblici appare altrettanto significativa in relazione ad una peculiare forma di erogazione dei servizi caratterizzata dal ricorso alla tecnologia ITC da parte della PA, ossia i servizi on line o erogati in rete che possono considerarsi un esempio di una nuova e peculiare modalità operativa dell'amministrazione pubblica[31].

I servizi pubblici in rete, infatti, possono contribuire ad alleggerire le procedure amministrative, ad elevare il livello qualitativo delle prestazioni dei servizi nel settore pubblico e ad innalzare l'efficienza del procedimento interno della pubblica istituzione erogatrice del servizio, oltre che determinare dei rilevanti risparmi per i cittadini e per gli operatori economici[32].

Il CAD contiene una disciplina generale dei servizi pubblici a rete. L'articolo 1, comma 1, lett. *n-quater* del Codice definisce il servizio in rete o on line come «*qualsiasi*

2018; J.B. AUBY, *Algorithmes et Smart Cities: Données Juridiques*, in *Revue general du druit (online)*, *Etudes et réflexions*, 2018, 2 ss.

[28] M. TRESCA. *op. cit.*, 547.

[29] J.B. AUBY, *il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, cit., 626.

[30] R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Diritto amministrativo*, 2/2020, 307.

[31] A. MASUCCI, *Digitalizzazione dell'amministrazione e servizi pubblici on line. Lineamenti del disegno normativo*, in *Diritto pubblico*, 1/2019,119.

[32] A. MASUCCI, *op. ult. cit.*, 120.

servizio di un'amministrazione pubblica fruibile a distanza per via elettronica». Si tratta, quindi, di un'attività amministrativa tesa a fornire delle utilità ai cittadini secondo modalità "a distanza" e "in forma elettronica", sicché ad una relazione tra Cittadino e PA incentra sul "*face to face*" si sostituisce una dinamica che si crea sulla base della rete. Così facendo, si crea una sorta di "sportello virtuale mediante il quale l'utente può interagire con l'organismo erogante la prestazione in tempo reale e da qualsiasi luogo"[33], il che costituisce già una significativa novità rispetto alle ordinarie modalità di erogazione di numerosi servizi pubblici.

La legge, inoltre, attraverso l'ampia formulazione che si è appena richiamata, non individua i possibili servizi on-line erogabili dalla PA, diversamente la norma avrebbe rischiato di apparire desueta in ragione del carattere repentino dei cambiamenti tecnologici. Di conseguenza, i servizi in rete dell'amministrazione pubblica saranno nel futuro tutti quelli che ciascuna amministrazione sceglierà o sarà in grado di offrire[34].

Si rinvengono già da tempo, in ogni caso, una serie di servizi erogati on-line dalla pubblica amministrazione, quali l'*e-Health*, l'*e-Information*, l'*e-Learning* ma la pubblicità dei dati (Open Data) e la loro riutilizzazione ed elaborazione attraverso sistemi informatici di raccolta e catalogazione può dar vita allo sviluppo di nuovi servizi basati su modi innovativi di combinare tali informazioni tra loro e di impiegarle[35].

Per quel che attiene, invece, all'individuazione delle Amministrazioni tenute ad erogare i servizi on-line, il CAD accoglie una nozione particolarmente ampia di PA poiché vi ricomprende non solo quelle ricavabili dall'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ivi comprese le autorità di sistema portuale, nonché alle autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione, ma anche, ai sensi lett. b) dell'articolo 2 comma 2, del CAD, i gestori di servizi pubblici, le società quotate in relazione ai servizi di pubblico interesse e le società a controllo pubblico. Insomma, la norma ricorre ad una nozione ad ampio spettro di PA chiamata ad erogare i servizi *on-line* in modo da garantire una sua applicazione generalizzata nel panorama delle Pubbliche Amministrazioni.

Chiariti i tratti salienti della disciplina dei servizi *on-line* all'interno del CAD, occorre interrogarsi, però, sulle modalità attraverso cui i principi generali che regolano l'erogazione dei tradizionali servizi pubblici trovino applicazione con riferimento ai servizi in parola. Ci si riferisce in modo particolare ai principi di doverosità, continuità, parità di trattamento, universalità ed economicità[36].

Quanto ai primi due correlati principi di doverosità e continuità nell'erogazione del servizio, il CAD contempla il principio di continuità nell'erogazione dei servizi pubblici *on-line* all'articolo 51, comma 2 *quater*, in forza del quale "i soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, predispongono, nel rispetto delle Linee-guida adottate dall'AgID, piani di

[33] A. MASUCCI, *op. ult. cit.*, 124.

[34] J. LEGRAND, *Analyse du rôle opératoire des téléservices en tant qu'instrument d'explicitation*, in *Revue d'administration publique*, 2013, 361; A. MASUCCI, *op. ult. cit.*, 125.

[35] A. MASUCCI, *op. cit.,* 126.

[36] Sui quali si rinvia a M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2017, 377 ss.; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, 2018, 133. M. MASSERA, *I servizi pubblici tra regole della concorrenza e responsabilità pubblica*, in *Diritto pubblico*, 2/2019, 439.

emergenza in grado di assicurare la continuità operativa delle operazioni indispensabili per i servizi erogati e il ritorno alla normale operatività". Invero, in relazione all'erogazione per così dire "tradizionale" dei servizi pubblici la continuità del servizio viene concepita come regolarità delle prestazioni, oppure come erogazione secondo le ordinarie previsioni di apertura e di chiusura dell'ufficio senza interruzioni che non trovino un'adeguata giustificazione, anche in ragione del rilievo penale che assumono eventuali condotte tese a determinare l'ingiustificata interruzione nell'erogazione di pubblici servizi[37].

Di contro, nel caso dei servizi *on-line*, il principio di continuità si atteggia in maniera differente rispetto alla sua tradizionale estrinsecazione. Infatti, con riferimento a tale tipologia di servizi il principio di continuità si traduce in un servizio continuo "da qualsiasi luogo e senza interruzione di orario". La rete, infatti, permette al fruitore del servizio di stabilire un'interazione con l'amministrazione in qualsiasi contesto spaziale, specialmente se si usino dei dispositivi mobili. Invece, quanto alla fruibilità del servizio senza interruzione oraria, le modalità di erogazione sono completamente automatizzate, sicché il problema neppure dovrebbe porsi. In definitiva, come evidenziato in dottrina, nel caso dei *servizi on line*, è possibile un'interazione tra l'amministrazione e gli utenti *any place, any time*[38].

Con riferimento al principio di parità di trattamento e al divieto di discriminazione nell'erogazione del servizio, vi è una stretta correlazione tra accessibilità del servizio a rete e principio di eguaglianza, il che trova un referente positivo anche nel CAD all'art. 12 ove, come già detto, si fa cenno al rispetto dei principi in parola nell'utilizzo delle tecnologie dell'informazione.

Per quel che attiene invece al principio di universalità, che impone di garantire tendenzialmente a tutti le prestazioni correlate all'attività di servizio pubblico, nell'ambito dei *servizi on-line* detto principio viene declinato sotto forma di diritto di accesso ai servizi on-line da parte di tutti i privati, in forza dell'art. 3-*bis*, comma 1 e 7, comma 01, del CAD, atteggiandosi quale diritto di non essere escluso dall'uso delle strutture pubbliche e delle risorse telematiche che queste strutture possono offrire, in stretta correlazione con il divieto di discriminazione tra persone nel diritto di accedere ai servizi *on-line*.

Tra l'altro, una puntuale specificazione del diritto in parola si rinviene, con particolare riferimento alle persone disabili, all'art. 53 CAD il quale sancisce che **"**le pubbliche amministrazioni realizzano siti istituzionali su reti telematiche che rispettano i principi di accessibilità, nonché di elevata usabilità e reperibilità, anche da parte delle persone disabili, completezza di informazione, chiarezza di linguaggio, semplicità di consultazione, qualità, omogeneità e interoperabilità". Di conseguenza, i siti web tramite i quali vengono erogati i servizi in parola devono essere dotati di tecnologie che consentano alle persone diversamente abili di accedere ai servizi in questione in modo da aggirare o ridurre la condizione di svantaggio.

[37] A. MASUCCI, *op. cit.*, 143.
[38] A. MASUCCI, *Ibidem.*

Il diritto di accesso ai servizi pubblici *on-line* si atteggia, quindi, quale diritto di portata generale, sicché nel caso dei servizi in questione neppure si pone il problema degli obblighi di servizio universale, ossia di quelle "prestazioni minime" che devono essere garantire da parte del soggetto chiamato ad erogare il servizio pubblico. Infatti, il diritto di accesso delineato dal CAD, con una formulazione particolarmente ampia fa sorgere in capo ai beneficiari della prestazione di *service publique on-lin*e, il diritto soggettivo ad ottenere una prestazione "completa", senza che possa discorrersi di prestazioni maggiormente sofisticate che fuoriescono dal perimetro del c.d. servizio universale.

4. *Il diritto di accesso ai servizi* on-line *quale componente dei diritti di cittadinanza digitale*

Il diritto di accesso ai servizi on-line cui si è appena fatto cenno allo scopo di ricondurlo, sotto il versante dei tradizionali principi regolatori dell'attività di servizio pubblico, al principio di universalità, presenta una portata ancora più ampia e significativa. Infatti, si pone quale "componente essenziale della nuova cittadinanza amministrativa"[39] o, meglio ancora, rientra nel novero di un articolato fascio di diritti che contribuiscono a fondare la "cittadinanza digitale".

Del resto, dal CAD emerge una digitalizzazione che, oltre che incidere sulla riorganizzazione strutturale e gestionale della PA e sulla semplificazione dei procedimenti amministrativi e sull'erogazione dei servizi burocratici, è orientata verso il riconoscimento in capo al privato di una serie di diritti e, quindi, di posizioni soggettive, da poter vantare nei riguardi della PA digitale. Basti il riferimento alla firma digitale che ha acquisito lo stesso valore della firma autografa (art. 20, CAD); alla pec che equivale alla raccomandata con ricevuta di ritorno (art. 48, CAD) al valore legale del domicilio digitale (art. 6, CAD)[40] e alla previsione di carte elettroniche, come la carta d'identità elettronica e la carta nazionale dei servizi, che consentono l'accesso ai servizi in rete erogati dalle pubbliche amministrazioni (art. 66, CAD). Ma, ancora, il diritto di accesso telematico ai dati, alle informazioni e ai documenti (art. 52, CAD), il diritto alla sicurezza informatica dei propri dati personali e del patrimonio informativo pubblico (d.lgs. 196/2003; art. 51 CAD), il diritto alla qualità dei servizi erogati in rete (art. 7 CAD), il diritto di conoscere in rete la situazione relativa alle proprie istanze (art. 3, comma 1-quater, CAD).

Il processo di creazione della cittadinanza digitale ha trovato, poi, un'ulteriore impulso attraverso ossia la creazione di un'unica identità digitale per accedere a tutti i servizi digitali erogati dalle pubbliche amministrazioni tramite lo SPID, il Sistema Pubblico di Identità Digitale, che rappresenta l'estrinsecazione del "diritto dei cittadini e

[39] A. MASUCCI, *op. cit.*., 129.

[40] M. CARDONE, D. FOÀ, *op. cit*., 590, evidenziano come il domicilio digitale sia da annoverare tra gli esempi di semplificazione amministrativa realizzata per il tramite di soluzioni tecnologiche.

delle imprese di accedere a tutti i dati, i documenti e i servizi di loro interesse in modalità digitale (art. 64, CAD e art. 1, comma 1, l. n. 124/2015)"[41].

Da ultimo, lo stesso PNRR si sofferma sulla cittadinanza digitale, non tanto immaginando l'introduzione di nuovi diritti digitali, quanto piuttosto prevedendo il potenziamento e la diffusione di quelli esistenti assieme allo sviluppo di nuovi servizi digitali da mettere a disposizione di cittadini e imprese[42].

I diritti di cittadinanza in questione godrebbero, però, di un limitato grado di effettività se il CAD non configurasse all'art. 3 un vero e proprio diritto di richiedere ed ottenere che le Amministrazioni nelle proprie comunicazioni facciano impiego delle tecnologie digitali. Del resto, lo stesso art. 2, comma 1, impone alle amministrazioni di fare ricorso alle tecnologie informatiche per assicurare la "disponibilità, la gestione, l'accesso, la trasmissione, la conservazione e la fruibilità dell'informazione in modalità digitale", così configurando un vero e proprio diritto del cittadino all'amministrazione digitale.

In definitiva, il diritto di cui all'art. 3 del CAD assumere i tratti di una posizione soggettiva direttamente azionabile nei confronti della PA e rappresenta il presupposto di un riconoscimento effettivo della nuova cittadinanza digitale. Infatti, è di immediata evidenza come il valore di firma autografa della firma digitale o il riconoscimento legale del domicilio digitale avrebbero ben poco senso a fronte delle resistenze opposte da talune pubbliche amministrazioni rispetto all'utilizzo della telematica e, soprattutto, se dette resistenze non potessero essere superate attraverso la possibilità per i privati di azionare in giudizio il relativo diritto di chiedere che le Amministrazioni facciano impiego delle tecnologie digitali e di accedere ai servizi in rete erogati da quest'ultime. La concreta efficienza di detti servizi, infatti, è la condizione necessaria per il godimento dei diritti di cittadinanza digitale poc'anzi richiamati.

I poteri pubblici, quindi, in ragione dei processi di innovazione tecnologica e delle previsioni legislative che, nel corso del tempo, gli hanno imposto di adeguarvisi, si trovano a doversi confrontare con una serie di nuovi diritti digitali che i cittadini possono vantare nei loro confronti e che condizionano le forme attraverso le quali questi sono tenuti a relazionarsi con i privati, nonché le stesse modalità di esercizio del potere amministrativo.

La garanzia di godimento effettivo di tali diritti, specie quando questi attengano all'erogazione di servizi burocratici prestati telematicamente o ai servizi on-line, è assicurata, alla pari degli altri servizi pubblici erogati dalla PA secondo le forme tradizionali, tramite gli strumenti apprestati dal D.lgs. n. 198 del 2009[43]. Quest'ultimo ha previsto il ricorso giurisdizionale di carattere collettivo da parte dei "titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti o consumatori" nei riguardi "di amministrazioni e concessionari di servizi pubblici" a fronte di "una lesione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi ovvero della violazione di standard

[41] I.A. NICOTRA, V. VARONE, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in *Rivista AIC*, 4/2019, 97.

[42] Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, approvato dal Consiglio dei Ministri il 12 gennaio 2021, in www.governo.it., 54.

[43] Sul punto T.A.R. Basilicata, sez. I, 23 settembre 2011, n. 478.

qualitativi ed economici" (art. 1). Si tratta di una previsione volta a rendere giustiziabili le disfunzioni organizzative e gestionali dei servizi, a fronte della circostanza che il ricorso al giudice amministrativo o ordinario a tutela degli utenti dei servizi risultava intempestivo e non idoneo alla "richiesta di prestazione di un risultato"[44] e il cui impiego ben si attaglia anche alla garanzia dei servizi on-line o di carattere burocratico prestati dalla PA.

In definitiva, deve evincersi come, pur cambiando le forme e le modalità di erogazione dei servizi in ragione dell'innovazione tecnologia, rimangano immutati i principi che ne regolano il funzionamento e gli strumenti di tutela apprestati dall'ordinamento per garantirne il godimento effettivo.

5. *L'esercizio dei poteri autoritativi alla prova della digitalizzazione: le decisioni amministrative algoritmiche e il principio di legalità*

Sino ad ora si è riflettuto sul rapporto tra sviluppo tecnologico e pubblica amministrazione avendo riguardo all'organizzazione amministrativa, ai procedimenti di semplificazione e all'attività di servizio pubblico e si è cercato di evidenziare come la digitalizzazione della PA abbia inciso su questi aspetti, specialmente innovando, attraverso i servizi pubblici on-line, le modalità di erogazione dei servizi pubblici e, più in generale, ridisegnando i rapporti tra i cittadini e la pubblica amministrazione.

Invero, anche l'esercizio dei poteri autoritativi sembra interessato dall'influenza delle nuove tecnologie, specialmente dall'impiego dell'intelligenza artificiale nell'ambito dei processi decisionali della PA tesi ad incidere sulle posizioni giuridiche soggettive dei privati.

Sul punto, occorre evidenziare che la procedura automatizzata può per intero prendere il posto dell'attività amministrativa e del procedimento dando la stura ad ipotesi nelle quali il funzionario viene integralmente sostituito dalle macchine e dai procedimenti automatici, tanto che si discorre di "funzionario digitale" o svolgere una funzione strumentale rispetto ad un percorso che contempla comunque l'intervento umano. Infatti, le procedure automatizzate mediante algoritmi possono essere, pur nella loro complessità, estrinsecazione ed applicazione di "istruzioni" in sé conoscibili e ripetibili, ma possono anche, al contrario, essere frutto di percorsi di auto-apprendimento, incerta misura "creativi" e comunque non pienamente prevedibili, delle macchine: il c.d. "*machine learning*[45].

Si va affermando, quindi, uno scenario nel quale decisioni amministrative vengono adottate sulla base algoritmi che non operano in forza di deduzioni, ma fanno predizioni in termini probabilistici, e quindi "generano predizioni attraverso un proprio sistema di apprendimento"[46]. Si tratta di una possibilità non più solo teorica che desta non pochi

[44] C. PINELLI, *Diritto pubblico*, Bologna, 2018, 515.

[45] E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, cit., 276.

[46] I. MARTÍN DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi*?, in *Istituzioni del federalismo*, 3/2019, 645.

problemi sotto due diversi profili. Il primo è quello delle risorse tecniche e umane a disposizione dell'Amministrazione e, quindi, dell'investimento in infrastrutture e competenze capaci di supportare i processi decisionali automatizzati. Il secondo, invece, riguarda la compatibilità delle decisioni robotizzate con i principi del diritto amministrativo, in particolare per quel che attiene alla garanzia dei diritti individuali dei destinatari dei provvedimenti[47]. Si tratta, infatti, di una prospettiva nella quale la decisione amministrativa, come si diceva, non è più frutto di un intervento umano che manca, sia nella costruzione dell'algoritmo decisionale che, nella sua applicazione, bensì del c.d. funzionario digitale.

Più nel dettaglio, si può parlare di decisione rimessa ad un algoritmo allorquando questa sia effettivamente adottata in assenza di un intervento umano nella fase decisionale, ma anche quando l'operazione automatizzata posta in essere svolga un ruolo decisivo nella determinazione provvedimentale e non sia in sé suscettibile di revisione, quanto alla correttezza intrinseca del "ragionamento" seguito, da parte del funzionario istruttore[48].

Nel primo caso, il procedimento e la decisione si realizzano in assenza (sostanziale) del funzionario "umano"; nel secondo, il funzionario interviene, masi trova in una posizione di asimmetria rispetto all'elaboratore ed è di fatto "servente" rispetto ad una procedura sul quale egli non ha il controllo.

Orbene, a prescindere dall'adozione del primo o del secondo modello di decisione algoritmica, il ricorso all'intelligenza artificiale può apparire foriero di ricadute positive per l'operato della PA e per gli stessi cittadini perché, per la prima volta, potrebbe avviarsi un sistema di gestione dei dati e delle informazioni volto ad automatizzare attività ripetitive e standardizzate. In tal modo, l'impiego dell'ICT e, in maniera particolare, dell'intelligenza artificiale, potrebbe favorire decisioni caratterizzate da un più alto tasso di imparzialità e da maggiore efficienza e, quindi, meglio rispondenti al canone del buon andamento di cui all'art. 97 Cost. e alle stesse linee di tendenza tracciate dagli articoli 12 e 15 del CAD[49].

Simili procedure sono già impiegate per l'esercizio di poteri autoritativi da parte della pubblica amministrazione e sono state oggetto di importanti pronunzie del giudice amministrativo tese a circoscrivere i limiti del ricorso all'algoritmo. Sul punto, in dottrina si è recentemente discusso di "principio di legalità algoritmica"[50], con ciò volendo intendere le condizioni che giustificano il legittimo ricorso a tali procedure automatiche in modo da garantire i diritti degli amministratiti che si confrontino con l'amministrazione digitale chiamata questa volta non ad erogare servizi burocratici o servizi on-line ma ad esercitare poteri amministrativi idonei ad incidere negativamente sulla sfera giuridica dei privati.

---

[47] M. SIMONCINI, *op. cit.*, 530.

[48] E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, cit., 280.

[49] D.U. GALETTA, J.G. CORVALÀN, *Intelligenza artificiale per una pubblica amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, cit., 12.

[50] E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, cit., 283 ss.

Prima di confrontarsi con la giurisprudenza amministrativa cui si appena fatto cenno, occorre esaminare però un aspetto, per così dire, preliminare dell'impiego dell'algoritmo nell'ambito dell'attività decisionale della PA, ossia quello della legittimazione del ricorso alla macchina in luogo del decisore umano e, in definitiva, del fondamento normativo di tale scelta.

Invero, dalla cornice normativa entro cui si è andata sviluppando la digitalizzazione della PA, che si è precedentemente richiamata, emerge come la disciplina delineata dal legislatore da prima nella legge sul procedimento amministrativo e, successivamente, nel CAD abbia ad oggetto l'adeguamento dell'organizzazione delle Pubbliche amministrazioni e delle procedure amministrative al progresso tecnologico. Di conseguenza, i "servizi digitali" cui si fa cenno, come già detto, debbono intendersi come l'erogazione di servizi burocratici, senza che dal CAD emerga la volontà di addivenire ad un grado di digitalizzazione che autorizzi l'impiego di moduli innovativi di azione nei quali entrino decisioni complesse automatizzate e l'utilizzo di intelligenze artificiali per le scelte pubbliche e l'esercizio del potere autoritativo.

Tra l'altro, proprio l'ultima riforma del Codice dell'amministrazione digitale, ad opera del d.lgs. n. 179 del 2016, ha portato con sé l'abrogazione di una delle norme di principio suscettibili di una più ampia applicazione e quindi forse astrattamente idonea a fornire una copertura normativa all'adozione di modelli di esercizio del potere pubblico basati sull'impiego dell'IA, ossia l'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 39 del 1993, il quale sanciva che "gli atti amministrativi adottati da tutte le pubbliche amministrazioni sono di norma predisposti tramite i sistemi informativi automatizzati"[51].

Anche la legge n. 241 del 1990 non pare idonea a fondare i procedimenti automatizzati. L'art.3-*bis*, cui si è già fatto cenno, si limita infatti a fare menzione dell'impiego della telematica da parte delle amministrazioni al fine di "conseguire maggiore efficienza nella loro attività" ma senza che vi si possa scorgere una volontà tesa a realizzare una piena digitalizzazione delle procedure amministrative che conduca all' uso dell'IA[52].

Insomma, il legislatore italiano, pur promuovendo la digitalizzazione di servizi e procedure, immagina queste innovazioni come "strumentali e complementari rispetto ad attività e servizi che non vengono radicalmente posti in discussione nel loro contenuto e nelle loro forme"[53]. Si tratta di una visione che trova conferma nella giurisprudenza amministrativa che, come si dirà, ha individuato nel carattere strumentale del ricorso all'impiego dell'algoritmo una delle condizioni per il suo utilizzo.

Vi è una riprova ulteriore dell'approccio in questione nell'art. art. 41 CAD il quale prevede che le pubbliche amministrazioni gestiscano i procedimenti amministrativi utilizzando le tecnologie dell'informazione e della comunicazione e pertanto forniscano

[51] Come evidenziato da E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, cit., nt. 27.

[52] Per un più compiuto esame della disposizione in parola si rinvia a F. COSTANTINO, *Uso della telematica nella pubblica amministrazione. Commento all'art. 3bis della legge n. 241/90*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 242 ss.

[53] E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, cit., 281.

per ciascun procedimento amministrativo i servizi di "interoperabilità o integrazione", ove il termine servizi non sembra riferirsi alla tradizionale nozione del diritto amministrativo, ossia di "complesso di attività prestate nei riguardi degli utenti per il soddisfacimento di bisogni materiali", ma al significato già richiamato di servizio burocratico[54].

La prospettiva non cambia se dall'esame della disciplina generale in tema di amministrazione digitale si passa alla normativa per così dire di settore, quale quella relativa alle modalità di presentazione di istanze alla PA. Anzi, proprio a tale riguardo, la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di sottolineare che il ricorso all'algoritmo debba trovare un previo fondamento normativo[55]. Infatti, l'art. 38 del d.P.R. 28.12.2000, n. 445, recante il testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari sulla documentazione amministrativa, stabilisce tuttora al comma 1 che "Tutte le istanze e le dichiarazioni da presentare alla pubblica amministrazione o ai gestori o esercenti di pubblici servizi possono essere inviate anche per fax e via telematica" sancendo, pertanto, dunque una evidente facoltà e non un obbligo di inoltrare in via telematica le istanze e le dichiarazioni da produrre alla P.A.

L'altra norma che conviene brevemente analizzare è l'art. 8 del D.L. 9 febbraio 2012, n. 5 convertito con l. n. 35/2012, recante semplificazioni per la partecipazione a concorsi e prove selettive e norme per gli esami di accesso alla professione di avvocato, il quale stabilisce che "le domande e i relativi allegati per la partecipazione a selezioni e concorsi per l'assunzione nelle pubbliche amministrazioni centrali banditi a decorrere dal 30 giugno 2012 sono inviate esclusivamente per via telematica secondo le modalità di cui all' articolo 65 del codice di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82". Tale norma legislativa è certamente speciale e, quindi, derogatoria rispetto alla già delineata sopravvivenza della possibilità di continuare a rivolgersi in forma cartacea alla PA, ai sensi dell'art. 38 co.1 del d.P.R. 28.12.2000, n. 445.

A questa generalizzata facoltà il legislatore appone, mediante l'art. 8, D.L. n. 5/2012, una deroga per le domande di partecipazione a selezioni e concorsi per l'assunzione nelle pubbliche amministrazioni centrali banditi a decorrere dal 30 giugno 2012, stabilendo che le domande in questione debbono essere inviate unicamente per via telematica e che le eventuali clausole difformi dei bandi di concorso sono nulle.

La giurisprudenza[56], chiamata a verificare se sulla base della disposizione da ultimo richiamata potessero trarsi "crismi normativi di legittimazione" della devoluzione ad una procedura informatica su base algoritmica, dell'attività amministrativa procedimentale, neanche di quella concernente concorsi a posti di pubblico impiego statali per i quali, come si è visto, l'art. 8, d.l. n. 5/2012 impone l'invio telematico delle istanze, ha avuto modo di evidenziare che "la riserva esclusiva alla modalità di inoltro per via telematica non può […] ritenersi estensibile anche alla gestione e all'espletamento dell'istruttoria procedimentale conseguente all'invio della domanda di partecipazione".

---

[54] S. CIVITARESE MATTEUCCI, *«Umano troppo umano». Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, 1/2019, 10.

[55] Tar Lazio, Sez. III *bis*, n. 6688 del 2019.

[56] Tar Lazio, Sez. III *bis*, n. 6688 del 2019.

"A maggior ragione non può trarsi dalla norma di fonte primaria in disamina alcuna patente di legittimità in favore della integrale sostituzione dell'attività di confezione ed emissione del provvedimento conclusivo del procedimento, il quale, in uno con i segmenti istruttori e motivazionali propedeutici, deve restare nel dominio, nella competenza e nelle attribuzioni di un funzionario persona fisica, il quale deve seguitare a dominare il procedimento e a svolgerne le funzioni di timoniere. Conclusivamente opina il Collegio che, quantunque il ricorso all'impiego di un algoritmo al limitato fine di effettuare circoscritte e ben isolate fasi di un'istruttoria (quelle più meccaniche e prive di momenti di valutazione discrezionali) semplificandole, possa essere consentito mediante norme regolamentari apposite", queste debbano svolgersi secondo determinate modalità e garanzie che rendano l'impiego dell'algoritmo compatibile con i principi costituzionali che informano l'azione amministrativa.

In disparte degli altri profili di interesse della pronunzia, preme rilevare come il TAR evidenzi, seppur tramite uno scarno passaggio motivazionale, come il ricorso all'algoritmo da parte della PA, pure consentito in relazione a fasi del procedimento che non siano caratterizzate dall'esercizio di poteri discrezionali, debba fare aggio su un'apposita previsione regolamentare, a riprova della circostanza che il suo impiego, al momento, non trova un riscontro normativo di carattere generalizzato da parte del legislatore e neppure detto riscontro è ricavabile, secondo in giudice amministrativo, dalle specifiche disposizioni che allo stato disciplinano le modalità di inoltro di domande e istanze da parte del privato nei riguardi della PA.

Di conseguenza, il primo rilevante problema in termini di ricorso all'intelligenza artificiale da parte delle amministrazioni pubbliche deve ricondursi proprio all'assenza di una norma generale attributiva del potere amministrativo che ne consenta l'impiego determinando una difficile rispondenza rispetto ai principi di legalità e tipicità che reggono l'azione amministrativa[57]. Certo, si tratterebbe di un profilo di criticità superabile qualora si ritenesse che l'uso di algoritmi rappresenti un'estrinsecazione della potestà di autorganizzazione della PA funzionale esclusivamente al perseguimento dei canoni di

[57] A. MASUCCI, *Digitalizzazione dell'amministrazione e servizi pubblici "on line". Lineamenti del disegno normativo*, in *Diritto pubblico*, 2019, 117 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *op cit.,* 34 ss. Più in generale, la dottrina sul principio in questione è sconfinata, tra i tanti L. CARLASSARE, voce *Legalità (principio di),* in *Enciclopedia giuridica*, XVIII, Roma, 1990, ID., *Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare,* in *Quaderni costituzionali,* 1990*,* 7 ss.; A. ROMANO TASSONE, *La normazione secondaria,* in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, I, 65 ss. Si dimostra a favore del principio di legalità in senso formale E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale,* Milano, 1967, 4 ss. Ritiene che il principio di legalità si collochi al massimo livello e sia strettamente collegato con la sovranità popolare e la divisione dei poteri e che esso governi l'istituto della riserva di legge G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità,* in *Diritto pubblico,* 1995, 259 ss. Afferma che il principio di legalità "al di là di proclamazioni di circostanza o di richiami del tutto strumentali non goda di ottima salute" F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione,* in *Foro amministrativo,* 1997, 3307. Parla di attenuazione del principio in questione in virtù di una pluralità rappresentativa dovuta alla perdita del monopolio della rappresentanza da parte dei Parlamenti N. LUPO, *Dalla legge al regolamento,* Bologna, 2003, 382 ss., il quale per sostenere la sua tesi fa un confronto con il modello istituzionale dell'Unione Europea. Dimostra di condividere l'orientamento che ricava il principio di legalità dall'insieme dei principi e degli istituti costituzionali che presuppongono la legge come veicolo di formazione delle scelte politiche che maggiormente caratterizzano il vivere civile C. PINELLI, *Modernizzazione amministrativa, principio di legalità, interpretazione costituzionale*, in *Diritto pubblico,* 2001, 103.

efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa. In tal caso, potrebbe trovare applicazione l'accezione del principio di legalità che privilegia il rapporto trilatero tra legge, amministrazione e cittadino, accolta da quanti in dottrina ritengono che il principio di cui si discute si estenda esclusivamente all'attività amministrativa che incide sulle situazioni giuridiche dei consociati, rimanendo affrancati da esso gli atti della P.A. che non pregiudichino posizioni del privato giuridicamente protette quali, per l'appunto, gli atti di organizzazione.

Di contro e forse più efficacemente, il fondamento di legalità delle decisioni algoritmiche potrebbe essere rinvenuto nella normativa europea. Il GDPR, infatti, al suo art. 22 prevede che "L'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato (…) che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona". Tuttavia, questo non vale per quanto riguarda "i trattamenti che risultino necessari per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse oppure nell'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento, ovvero per i legittimi interessi di un titolare del trattamento o di terzi". Il successivo art. 23 chiarisce che l'applicazione di questo diritto può essere limitata sia da norme di diritto europeo che nazionali "qualora tale limitazione rispetti l'essenza dei diritti e delle libertà fondamentali e sia una misura necessaria e proporzionata in una società democratica per salvaguardare" tutta una serie di interessi pubblici elencati nella medesima norma e che, di fatto, ha un'ampiezza tale da poter ricomprendere quasi interamente l'ambito dei compiti svolti dalle PA[58].

Per il vero, la tesi che rinviene il fondamento di legalità delle decisioni automatizzate nella disciplina UE appena menzionata non pare convincere quella giurisprudenza amministrativa che, nell'assenza di un suo esplicito fondamento normativo, rinviene una delle ragioni che impediscono alla PA di fare ricorso a provvedimenti incidenti sulla sfera giuridica dei privati emanati sulla base di scelte algoritmiche, ragione che si accompagna alla necessità del rispetto dei principi del giusto procedimento che, come si vedrà tra poco, sempre a detta della giurisprudenza, non sarebbero garantiti dal ricorso alle decisioni algoritmiche.

6. *I limiti del ricorso alle decisioni automatizzate nella giurisprudenza amministrativa e la legalità algoritmica*

La giurisprudenza del giudice amministrativo si è confrontata con la decisione automatizzata in relazione all'applicazione della legge n. 107 del 2015 sulla riforma della scuola (la cd "buona scuola"). In ragione della nuova disciplina, il Miur è stato chiamato a gestire un numero considerevole di richieste di prima assegnazione o di mobilità cui far fronte in ragione di una complessa normativa e tenendo conto delle diverse condizioni dei richiedenti.Com'è noto, il Ministero ha deciso di affidare l'attribuzione delle sedi ad

[58] R. CAVALLO PERIN, *op. cit*., 319; *contra* D.U. GALETTA, J.G. CORVALÀN, *Intelligenza artificiale per una pubblica amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, cit., 17.

un *software* prodotto da una società privata cui demandare il compito di decidere le assegnazioni sulla base della nuova legge ma anche degli elementi fattuali rappresentati dai richiedenti.

Il TAR[59], decisa in senso favorevole ai richiedenti la domanda di accesso al software della società privata, avendo riconosciuto che la natura di opera dell'ingegno del programma non osta all'applicazione dell'art. 22 della legge n. 241 del 1990 in tema di accesso, ha avuto modo di sottolineare, seppur in un *obiter dictum*, quella che poi è divenuta una vera e propria *ratio decidendi* delle successive pronunzie[60]. Ci si riferisce alla distinzione tra attività vincolata e attività discrezionale quale presupposto che legittima l'impiego di decisioni automatizzate da parte della PA, Infatti, il TAR ha ritenuto ammissibile l'utilizzo dell'algoritmo con esclusivo riferimento all'adozione di provvedimenti incidenti sulla sfera giuridica dei privati che non si connotino per l'esercizio di poteri discrezionali. In tal modo, si è andata delineando presso una parte della giurisprudenza amministrativa una distinzione che, invero, lascia numerosi margini di incertezza, come si evince dalle pronunzie successive, alcune delle quali meno inclini a distinguere tra esercizio di poteri vincolati e discrezionali al fine di radicare l'ammissibilità delle decisioni automatizzate.

La successiva pronunzia del medesimo TAR Lazio, sez. III bis, n. 9224-9230 del 2018, infatti, sembra assumere una posizione di più netta chiusura in ordine all'impiego dell'algoritmo nell'ambito dell'esercizio dei poteri autoritativi della PA. Infatti, ad avviso del giudice, nessuna ragione di complessità del procedimento amministrativo pare legittimare la devoluzione di una decisione amministrativa ad un "meccanismo informatico o matematico del tutto impersonale e orfano di capacità di valutazione delle singole fattispecie concrete, tipiche invece della tradizionale e garantistica istruttoria procedimentale, che deve informare l'attività amministrativa, specie ove sfociante in atti provvedimentali incisivi di posizioni giuridiche soggettive di soggetti privati e di conseguenziali ovvie ricadute anche sugli apparati e gli assetti della pubblica amministrazione". Un orientamento quest'ultimo, quindi, che pare escludere dal novero della decisione algoritmica anche l'attività vincolata[61].

Tale posizione negativa rispetto all'impiego dell'algoritmo nell'ambito dell'esercizio dei poteri autoritativi pare confermato dalla giurisprudenza successiva che ha sottolineato come le procedure informatiche, anche "ove pervengano al loro maggior grado di precisione e addirittura alla perfezione" non possono mai sostituire l'attività acquisitiva e di valutazione del funzionario, sicché quest'ultime assumono una funzione servente alle quali "va dunque riservato tutt'oggi un ruolo strumentale e meramente

[59] Tar Lazio, Sez. III bis, n. 3769 del 2017; sulla vicenda si vedano le osservazioni di I. FORGIONE, *Il caso dell'accesso al software MIUR per l'assegnazione dei docenti - TAR. Lazio, Sez. III bis, 14 febbraio 2017, n. 3769*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 24/2018, 647 ss.; L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo, amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Foro amministrativo*, 9/2018, 1598 ss.

[60] A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/2019, 74.

[61] A. SIMONCINI, *op. cit*., 75.

ausiliario in seno al procedimento amministrativo e giammai dominante o surrogatorio dell'attività dell'uomo"[62].

La medesima giurisprudenza, inoltre, radica l'illegittimità del ricorso alle procedure automatizzate nel principio del giusto procedimento[63], così come inveratosi nei diritti partecipativi contemplati dagli artt. 7, 8, 10 e 10-*bis*, della legge 241 del 1990, nonché nell'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi. Ma soprattutto, il ricorso all'algoritmo sarebbe impedito dall'art. 6 della predetta legge. Infatti, l'istituzione della figura del responsabile del procedimento non consentirebbe, secondo la giurisprudenza amministrativa, che si possano affidare all'attivazione di meccanismi e sistemi informatici e al loro funzionamento impersonale lo svolgimento di procedimenti amministrativi che invece postulano l'esercizio di un'attività istruttoria, acquisitiva di rappresentazioni di circostanze di fatto e di situazioni personali dei destinatari del provvedimento autoritativo finale, nonché un'attività di comparazione e ponderazione di interessi che può essere rimessa esclusivamente alle capacità valutative dell'uomo[64].

Da ultimo, il ragionamento interpretativo fatto proprio dal TAR Lazio, più specificamente con la sentenza 6606 del 2019, evidenzia la stretta correlazione esistente tra l'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi, evidentemente da ritenersi non assolto per il tramite di decisioni automatizzate e il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. poiché tale diritto risulta compromesso tutte le volte in cui l'interessato destinatario del provvedimento e, quindi, il giudice non siano in grado di percepire l'iter logico giuridico seguito dalla PA per giungere ad una determinata decisione amministrativa. Si tratta di un orientamento che fa proprio il tradizionale indirizzo dottrinario in forza del quale la motivazione del provvedimento è funzionale al corretto esplicarsi del sindacato giurisdizionale di cui all'art. 113 Cost.[65].

Quelli appena richiamati sono orientamenti interpretativi che, come si è accennato, assumono un ruolo strettamente servente o strumentale delle procedure informatiche in seno al procedimento amministrativo. Si tratterebbe di una natura strumentale che imporrebbe, secondo la giurisprudenza, che quantomeno la fase decisoria e pre-decisoria del procedimento stesso si caratterizzassero per l'apporto valutativo del funzionario o del

---

[62] TAR Lazio, Sez. III bis, n. 6688 del 2019.

[63] Sul quale, per un esame sistematico del principio in questione, si rinvia a di L. BUFFONI, *Il rango costituzionale del giusto procedimento e l'archetipo del processo*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2009, 277 ss.; ID., *Alla ricerca del principio costituzionale del «giusto procedimento»: la «processualizzazione» del procedimento amministrativo*, in A. MASSERA (a cura di), *Le tutele procedimentali. Profili di diritto comparato*, Napoli, 2007, 192 ss.; oltre che al classico di V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1962, 133.

[64] Tar Lazio, Sez. III bis, n. 3769 del 2017.

[65] G. CORSO, *Motivazione del provvedimento amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto,* Agg. V, Milano, 2001, 786 ss.; ID., *Motivazione degli atti amministrativi e legittimazione del potere negli scritti di Antonio Romano Tassone*, in *Diritto amministrativo*, 2014, 470 ss., che nel richiamare i principi filosofico-politici che stanno alla base della motivazione dei provvedimenti amministrativi ritiene che a fondamento del predetto obbligo vi sia il principio liberale e non quello democratico, ossia "il principio della difesa del singolo contro il potere pubblico". A fondamento di questa tesi l'Autore richiama l'ordinamento inglese ove l'obbligo di motivare gli atti amministrativi non è positivizzato ma è riconosciuto in via pretoria sulla base della considerazione che se il cittadino non può conoscere le ragioni che sono poste a fondamento della decisione amministrativa questi non potrà valutare se essa è sindacabile dal giudice e, quindi, gli sarà sottratta la tutela giurisdizionale. Insomma, la motivazione assumerebbe i caratteri di "uno strumento di protezione di chi dall'attività amministrativa subisce un sacrificio o una limitazione".

responsabile del procedimento che può intervenire per correggere eventuali errori dell'algoritmo, sicché "l'assenza della figura del funzionario quale *dominus* del procedimento – produrrebbe immancabilmente l'illegittimità del provvedimento finale inespresso e illegittimamente sostituito dal risultato dell'operazione algoritmica"[66]. Il giudice si premura di sottolineare, quindi, che deve essere sempre l'uomo a governare il procedimento amministrativo al cui servizio le procedure informatiche debbono essere attivate senza che avvenga, invece, il contrario. Appare pertanto evidente, almeno sulla base di questo filone giurisprudenziale, il netto rifiuto rispetto alla possibilità di ripensare la centralità del "funzionario umano" nel procedimento amministrativo[67].

In questo contesto giurisprudenziale si inserisce l'orientamento, per così dire meno intransigente, del Consiglio di Stato, inaugurato per il tramite della pronunzia n. 2270 del 2019. Il giudice d'appello muove dalla considerazione che la gestione informatica di procedure seriali e standardizzate, che non comportano l'esercizio di poteri discrezionali, rappresenterebbe una forma di semplificazione amministrativa e contribuirebbe a limitare la corruzione amministrativa e le ipotesi di condotte negligenti o persino dolose da parte dei funzionari in piena rispondenza al canone di imparzialità di cui all'art. 97 Cost. Insomma, un orientamento quello del Consiglio di Stato improntato ad una maggiore valorizzazione del rapporto esistente tra procedure di decisione automatizzata e il perseguimento dei principi di efficienza, efficacia ed economicità, anche procedimentale, dell'azione amministrativa.

Invero, non è solo su questo fronte, per così dire aperturista, che si rinvengono delle differenze tra l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato e quello del TAR Lazio, bensì sullo stesso rapporto tra discrezionalità e decisione automatizzata, ossia in relazione a quello che tanto negli ordinamenti di *civil law* che in quelli di *common law* rappresenta il cuore della decisione amministrativa[68]. Mentre il giudice di primo grado appare maggiormente incline a valorizzare il carattere insostituibile dell'apporto del funzionario umano nell'ambito del procedimento amministrativo, specialmente ove sussistano profili valutativi di carattere discrezionale, il giudice amministrativo d'appello, lungi dall'escludere in radice il ricorso alla decisione automatizzata con riguardo all'esercizio di poteri non vincolati, si premura di ricostruire i limiti del ricorso all'algoritmo nell'ambito dell'esercizio di poteri autoritativi e il relativo sindacato giurisdizionale.

In tal modo vengono delineati i contorni di un vero e proprio "principio di legalità algoritmica" che rappresenta un adeguamento dei principi del giusto procedimento alle peculiarità della decisione automatizzata. In altre parole, la pronunzia del Supremo giudice amministrativo sembra definire una serie di presupposti in presenza dei quali la decisione algoritmica appare ammissibile.

In primo luogo, viene evidenziato come alla base della "la regola tecnica che governa ciascun algoritmo resta pur sempre una regola amministrativa generale, costruita dall'uomo e non dalla macchina, per essere poi (solo) applicata da quest'ultima, anche se

[66] TAR Lazio, Sez. III bis, n. 6688 del 2019.

[67] E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, cit., 283.

[68] P. CHIRULLI, *L'evoluzione del controllo giurisdizionale sulla discrezionalità nel Regno Unito: dalla ragionevolezza alla proporzionalità*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2019, 71 ss.

ciò avviene in via esclusiva". Detta regola tecnica "possiede una piena valenza giuridica e amministrativa, anche se viene declinata in forma matematica", e quindi deve soggiacere ai principi generali dell'attività amministrativa, ossia pubblicità, trasparenza, ragionevolezza e proporzionalità.

Allo stesso tempo "non può lasciare spazi applicativi discrezionali (di cui l'elaboratore elettronico è privo), ma deve prevedere con ragionevolezza una soluzione definita per tutti i casi possibili, anche i più improbabili […] la discrezionalità amministrativa, se senz'altro non può essere demandata al *software*, è quindi da rintracciarsi al momento dell'elaborazione dello strumento digitale".

La "formula tecnica" che governa l'algoritmo, quindi, a monte si basa su una regola giuridica ed è nel momento in cui viene elaborata che la discrezionalità amministrativa si manifesta sotto forma di discrezionalità tecnica e si tratta di una formula tecnica certamente sindacabile dal giudice amministrativo che, alla stregua dei consueti canoni di ragionevolezza e proporzionalità, può valutare se l'amministrazione nel predisporre la "formula tecnica" abbia rispettato la sottostante regola giuridica che governa l'algoritmo. Quest'ultima appare, quindi, come una sorta di atto amministrativo presupposto rispetto al quale le procedure digitali rappresentano dei meri atti attuativi di decisioni già predeterminate nel contesto di altre e pregresse fasi procedimentali[69].

Questo ragionamento del Consiglio di Stato comporta due conseguenze, la prima è la conoscibilità dell'algoritmo, sicché la regola tecnica sottesa all'algoritmo deve essere sempre spiegata, onde tradursi nella regola giuridica che le è sottesa.

La seconda è rappresentata dalla piena cognizione del giudice, sicché non basta che detta regola sia conoscibile ma deve essere anche pienamente sindacabile e quindi il giudice deve poterla valutare alla luce dei consueti principi di ragionevolezza e proporzionalità dell'azione amministrativa.

Alla luce dell'orientamento in parola è possibile ricostruire, quindi, quali corollari del principio di legalità algoritmica, il principio di massima trasparenza e accessibilità dell'algoritmo, assieme al principio di non esclusività algoritmica che si desume in ragione delle forti remore che emergono in giurisprudenza con riguardo alla previsione di procedimenti interamente automatizzati. Pertanto l'intervento umano appare necessario ma questo può inserirsi in qualunque fase del procedimento, anche in una successiva di validazione e controllo rispetto alla decisione finale[70]. Da ultimo, può ricavarsi anche il principio di non discriminazione algoritmica in forza del quale la progettazione e l' implementazione di algoritmi intelligenti deve essere fatta in guisa da "prevenire il rischio che i sistemi di Intelligenza Artificiale elaborino informazioni o dati in modo distorto o condizionato dalle distinzioni fra esseri umani in ragioni della loro

[69] R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Rivista di diritto amministrativo*, 4/2019, 786, il quale evidenzia come il potere discrezionale permanga anche quando il "processo decisionale sia governato a monte" da una formula tecnica di origine matematica in quanto connaturato all'esercizio delle funzioni amministrative.

[70] E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, cit., 275. Con riferimento ai tre corollari del predetto principio di legalità algoritmica elaborati dalla giurisprudenza amministrativa vedi anche M. SIMONCINI, *op. cit.*, 541.

razza, colore, sesso, lingua, religione, opinione politica, origine nazionale o sociale, posizione economica, nascita o qualsiasi altra condizione sociale"[71].

Sul versante straniero, anche il giudice costituzionale francese ha assunto un orientamento molto similare a quello della giurisprudenza amministrativa italiana, infatti ha affermato che i procedimenti algoritmici sono compatibili con la Carta costituzionale in quanto rispettino i principi di legalità, giustiziabilità, trasparenza e intellegibilità della decisione[72].

Il rispetto del principio di legalità algoritmica cui si è fatto cenno e dei suoi corollari presuppone un sindacato estrinseco del giudice amministrativo sulla sua osservanza da parte della PA che ricorre all'IA per l'esercizio di poteri amministrativi e che richiede, però, lo sviluppo di apposite figure sintomatiche di eccesso di potere algoritmico che necessiterebbero di essere elaborate da parte della giurisprudenza amministrativa[73].

Ciò detto, il ricorso all'intelligenza artificiale abbisogna di adattare le categorie tradizionali non solo sul versante del sindacato sulla discrezionalità ma anche sotto il profilo del rispetto dei principi del giusto procedimento e, quindi, della partecipazione procedimentale. Infatti, l'impiego dell'algoritmo induce a rivedere alcune categorie tradizionali che attengono alle garanzie del privato rispetto all'esercizio del potere amministrativo. Così facendo, almeno sotto questo profilo, il ricorso alle decisioni automatiche potrebbe apparire meno problematico in relazione al rispetto dei tradizionali principi dell'azione amministrativa di quel che potrebbe apparire ad un primo e sommario esame.

Al riguardo, viene in rilievo quella dottrina che sostiene come, "la notizia degli esiti cui è pervenuto l'algoritmo apre il contraddittorio tra i partecipi al procedimento, obbligando l'Amministrazione all'interposizione umana, a conferma dello standard algoritmico, oppure motivando la sua deroga, o disponendo la sua correzione; nel primo caso motivando sul mancato accoglimento delle osservazioni ricevute, esprimendo in tutti i casi quella interposizione umana ritenuta indispensabile a richiesta dei partecipi"[74]. Insomma, il contraddittorio sulla proposta di provvedimento, atteggiandosi quale momento di partecipazione, non si configura quale un aggravio procedimentale ma al contrario favorisce l'integrazione dell'algoritmo o una sua correzione generale o normativa recuperando a valle quella partecipazione esclusa a monte in ragione del ricorso alla decisione automatica. Pertanto, secondo questa interpretazione, l'innovazione tecnologica non determinerebbe un momento di cesura con le categorie tradizionali del diritto amministrativo ma un loro adattamento.

---

[71] D.U. GALETTA, J.G. CORVALÀN, *Intelligenza artificiale per una pubblica amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, cit., 21.

[72] Conseil constitutionel, 2018-765, DC, punti 69-71.

[73] E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, cit., 297.

[74] R. CAVALLO PERIN, *op. cit*., 320.

7. *Brevi considerazioni conclusive*

In definitiva, l'innovazione tecnologica e i processi di digitalizzazione hanno determinato una progressiva trasformazione dell'organizzazione e dell'azione amministrativa secondo un processo evolutivo che è tutt'ora in *fieri*, come dimostra l'attenzione del PNRR per la digitalizzazione della PA. Per il vero, come si è accennato, non sempre le previsioni normative del CAD, tese a delineare una digitalizzazione funzionale al perseguimento dei principi di cui all'art. 97 Cost, hanno trovato una completa applicazione presso la complessa galassia delle Pubbliche Amministrazioni. In ogni caso, la digitalizzazione ha coinvolto l'intera gamma delle funzioni esercitate dalla PA, compresa l'attività di prestazione e da ultimo come si è visto, tende ad incidere sulle stesse modalità di esercizio dei poteri autoritativi attraverso le decisioni algoritmiche.

Come si è detto, si tratta del settore entro il quale il rapporto tra innovazione tecnologica e categorie tradizionali del diritto amministrativo appare più problematico. Soprattutto perché l'impiego dell'intelligenza artificiale impone di ripensare istituti e principi che sono posti a fondamento della garanzia della sfera giuridica del cittadino rispetto all'esercizio del potere pubblico e che debbono essere adattati alle forme nuove di esercizio del potere amministrativo scongiurando il rischio di una loro destrutturazione[75] e di un depotenziamento della loro funzione garantista.

Gli istituti di partecipazione procedimentale previsti dalla legge n. 241 del 1990, l'istruttoria, la motivazione del provvedimento, così come lo stesso rapporto tra procedimento amministrativo e principio di legalità necessitano di adattarsi ad un contesto in cui le norme poste a fondamento dell'azione amministrativa vengono integrate dagli algoritmi, tanto che occorre costruire una nuova declinazione del principio di legalità, ossia la legalità algoritmica, riducendo lo spazio di valutazione discrezionale della PA e, di conseguenza, i margini del sindacato giurisdizionale. Al punto che risulta utile domandarsi, come pure fa certa dottrina[76], se un nucleo di istituti e principi costruiti attorno al funzionario umano possa essere applicabile ad una PA chiamata a prendere decisioni sulla base di algoritmi e, quindi, tramite "macchine intelligenti".

La stessa distinzione fondamentale tra poteri discrezionali e poteri vincolati richiamata dalla giurisprudenza amministrativa al fine di circoscrivere gli ambiti entro i quali la PA può far impiego dell'intelligenza artificiale per l'esercizio del potere amministrativo appare opinabile nella misura in cui tale distinzione pare scolorare, in quanto non unanimemente condivisa in dottrina[77] e la stessa discrezionalità amministrativa tende a caratterizzarsi sempre più spesso come discrezionalità mista, ossia come scelta caratterizzata dalla coesistenza tra discrezionalità pura e tecnica[78]. Senza

[75] Rischio già registrato dalla dottrina anche se al di fuori del contesto del diritto amministrativo. Sul punto, G. DE MINICO, Big Data *e la debole resistenza delle categorie giuridiche.* Privacy e lex mercatoria, in *Diritto pubblico*, 1/2019, 89 ss.

[76] D.U. GALETTA, J.G. CORVALÀN, *Intelligenza artificiale per una pubblica amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, cit., 22.

[77] Come rammentato da M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *op. cit.,* 12.

[78] R. FERRARA, *op. cit.*, 779; M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *op. ult. cit.,* 15, ritengono che la migliore soluzione sia quella di ricondurre le procedure automatizzate alle valutazioni tecniche, anche in ragione del

dimenticare poi che anche l'attività amministrativa espressiva di poteri vincolati difficilmente può fare integralmente a meno dell'apporto valutativo del funzionario umano che interviene quantomeno *ex post* con funzione di validazione e controllo dell'operato dell'algoritmo[79] e garantisce che non vi sia la totale sostituzione della macchina all'essere umano nell'esercizio del potere amministrativo anche in ragione della garanzia del rispetto del principio di responsabilità[80].

In definitiva, la principale questione che rimane aperta sul fronte del rapporto tra esercizio delle funzioni amministrative e innovazione tecnologica è capire quali margini vi siano per l'impiego dell'intelligenza artificiale nell'ambito dell'esercizio dei poteri autoritativi, che invero rappresentano l'ultima frontiera dell'innovazione tecnologica della PA, rispetto ai principi del giusto procedimento[81] che si sono poc'anzi richiamati o, se si vuole declinare il medesimo principio in chiave europea, rispetto al diritto ad una buona amministrazione, così come previsto dall'art. 41 della Carta di Nizza[82].

Anche la prospettiva di un potenziamento degli strumenti regolatori di mitigazione del rischio, pure suggerita in dottrina[83], che consentano di valutare e gestire il rischio "non accettabile" nell'ambito dei procedimenti robotizzati, ossia tramite verifica e monitoraggio dell'algoritmo, oppure tramite sistemi di *peer review*, unitamente all'adozione di specifici regimi di responsabilità[84], seppur incoraggiante, non è da sola

---

loro carattere servente e ausiliario in seno al procedimento, secondo il predetto orientamento della giurisprudenza amministrativa.

[79] Al riguardo, M.C. CAVALLARO, *Imputazione e responsabilità delle decisioni automatizzate*, in *Erdal*, 1/2020, 73, insiste sul ruolo del Responsabile del procedimento che è chiamato a verificare "l'attendibilità del risultato fornito dal *software* per scongiurare il rischio di un errore della macchina ed eventualmente correggere la soluzione", anche in ragione della necessità di fare applicazione del principio di responsabilità della PA pur in presenza di attività amministrativa autoritativa automatizzata.

[80] Come già evidenziato con grande anticipo da F. SAITTA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo,* in *Rivista di diritto amministrativo elettronico*, 2003, 10.

[81] Sui quali insiste M. SIMONCINI, *op. cit.*, 543 e 541 che molto efficacemente discorre di "giusto procedimento algoritmico".

[82] D.U. GALETTA, J.G. CORVALÀN, *Intelligenza artificiale per una pubblica amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, cit., 23. Sul diritto ad una buona amministrazione si rinvia a D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedimentali nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005/3, 819 ss.; ID., *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Diritto amministrativo*, 3/2010, 631; M. TRIMARCHI, *L'art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali e la disciplina dell'attività amministrativa italiana*, in *Diritto amministrativo*, 2011, 537 ss.

[83] M. SIMONCINI, *op. cit.*, 539.

[84] Come evidenziato da M.C. CAVALLARO, *op. cit.,* 73, il giudice amministrativo ha chiarito la necessità di garantire la trasparenza e la conoscibilità della decisione automatizzata, riservandosi il potere di esercitare il proprio sindacato sull'algoritmo, che rappresenta il cuore della decisione finale, e sulla correttezza di tutti i passaggi della procedura informatica. Un sindacato similare, sia pure in forme diverse, deve potere essere esercitato ancor prima dalla stessa amministrazione, attraverso i propri organi ed in particolare per il tramite del responsabile del procedimento e dell'organo chiamato ad assumere la decisione finale, i quali devono accertare che questa, in quanto scaturente da una procedura robotica, sia ispirata a ragionevolezza e sia coerente rispetto alle finalità pubbliche perseguite dalla PA. Si tratta di un profilo di responsabilità che grava sull'Amministrazione, unitamente a quella concernente la costruzione dell'algoritmo che si aggiunge alla responsabilità del funzionario che abbia agito in violazione di diritti, secondo un disegno della predetta responsabilità che si struttura, quindi, in una duplice direzione.

sufficiente a fugare i dubbi di compatibilità delle decisioni algoritmiche in ordine al rispetto delle garanzie individuali dei destinatari di siffatti provvedimenti.

In ogni caso, la giurisprudenza amministrativa sembra aver raggiunto un equilibrio tra le ragioni del buon andamento dell'Amministrazione e quelle della garanzia procedimentale del cittadino[85]. Si tratta, però, di un equilibrio precario nella misura in cui l'evoluzione tecnologica e dell'Intelligenza artificiale rendono sempre più complessa l'intellegibilità dell'algoritmo e, quindi, l'esercizio del diritto di difesa dei destinatari dei provvedimenti robotizzati[86].

Certo è che, il complesso programma di digitalizzazione della PA delineato dal PNRR, il quale prevede interventi che interesseranno gli aspetti più diversi dell'Amministrazione, quali 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, non contempla espressamente il potenziamento del ricorso all'intelligenza artificiale o, più in generale, alle procedure automatizzate nel contesto dell'attività decisionale della PA.

Si tratta di un silenzio che induce comunque ad immaginare che sia in atto una riflessione sul punto ma, forse è anche un indice dell'acquisita consapevolezza da parte del Governo della difficoltà di applicare l'IA all'esercizio dei poteri amministrativi, anche alla luce di una giurisprudenza amministrativa che, nonostante qualche segnale di apertura e il delicato equilibrio raggiunto, come si è visto, rimane alquanto "scettica"in ordine alla possibilità di conciliare intelligenza artificiale e garanzie nei confronti dell'esercizio del pubblico potere.

[85] L. CASINI, *Lo Stato nell'era di Google. Frontiere e sfide globali*, Milano, 2020, 65.
[86] M. SIMONCINI, *op. cit.*, 539.

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

THE RIGHT TO RESPECT FOR PRIVATE LIFE AND THE REQUIREMENT OF TRANSPARENCY OF PUBLIC ADMINISTRATION IN THE ITALIAN LEGAL SYSTEM*

ANIELLO FORMISANO**

SUMMARY: 1. Legal evolution of transparency in the Italian legal system. – 1.1. From transparency as a publication requirement to transparency as freedom of access to data and documents: the generalized civic access. – 2. Privacy and transparency: a difficult coexistence. – 2.1. Risks and consequences of uncontrolled data dissemination on the Constitutional rights: data mining and algorithmic governance. – 3. The role of Italian Regulatory Authorities in the balance of privacy and transparency: the relevance of the guidelines.

1. *Legal evolution of transparency in the Italian legal system*

Before analysing the relationship between transparency and privacy, we need to bring attention on the evolution of transparency regulation in our legal system[1]. The

* Articolo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

** Phd student in Pubblic Law, University of Naples "Parthenope"; trainee at the Italian Constitutional Court.

[1] The scientific literature on the evolution of transparency in the Italian legal system is extensive. Without claiming to be exhaustive, on the constitutional basis of the principle of transparency, see G. DE MINICO, *Towards an "Algorithm Constitutional by Design",* in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/2021, 391 ff.; A. PATRONI GRIFFI, *Il fondamento costituzionale della legislazione in tema di trasparenza e di lotta alla corruzione: alcune riflessioni*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 29 March 2016; S. FOA, *La nuova trasparenza amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, 1/2018; M. OREFICE, *I big data e gli effetti su privacy, trasparenza e iniziativa economica*, Rome, 2018; G. ARENA, *Trasparenza amministrativa (ad vocem*), in *Enciclopedia giuridica,* XXXI, Rome, 1995, 1 ff.; P. TANDA, *La trasparenza nel moderno sistema amministrativo*, in *Nuove autonomie*, 1/2008, 161-166; G. ABBAMONTE, *La funzione amministrativa tra riservatezza e trasparenza, Introduzione al tema,* in AA.VV., *L'amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza. Atti del XXXV Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione - Varenna 1989*, Milan, 1991, 8 ff.; P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione,* in AA. VV., *Scritti di diritto costituzionale*, Padua, 1967, 198 ff.; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Milan, 1993; C. D'AGOSTINO, *L'attività della*

evolution of transparency involves a series of difficulties in defining the boundaries and providing an univocal definition of the same. Transparency is often linked to publicity in order to disseminate acts, documents and information to citizens, that is now possible and easier through Internet. Nevertheless, as has been opportunely noted[2], this is not the only element that characterizes transparency. In fact, the Administration must guarantee citizens access to information through tools for access to administrative documentation or through direct publication of data on websites that should be inserted in website sections not hidden but easily accessible.

In addition to these characteristics, transparency is linked to clarity and comprehensibility of information. If this did not happen, the citizen' legitimate expectation would be harmed by access to incomprehensible and "*equivocal*" information which would generate an erroneous conviction regarding the behaviours to be kept[3].

Based on what has already been mentioned previously, the analysis of transparency cannot be separated from the analysis of its evolution. Before the reforms of the 90s on the administrative procedure, the administrative activity was characterized by secrecy[4]. The public authorities were bound by the official secret and there was a very wide discretionary space to let the administration decide arbitrarily what to make secret or not[5]. From this it follows that the previously transparency regulation was not able to achieve the aims set forth in our Constitution.

---

pubblica amministrazione fra trasparenza e riservatezza nella legge n. 241/1990, in *Nuova legislativa dottrinale e giurisprudenziale*, 1996, 879 ff.; A. D'ANTONIO CASTIELLO, *La l. n. 241/1990 sul procedimento amministrativo e le sue disposizioni di principio*, Rome, 1993, 32; M. LUCIANI, *Nuovi diritti fondamentali e nuovi rapporti fra cittadino e pubblica amministrazione*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1985, 61 ff.; P. MARSOCCI, *Gli obblighi di diffusione delle informazioni e il d.lgs. 33/2013 nell'interpretazione del modello costituzionale di amministrazione*, in *Istituzioni del federalismo*, 2013, 700-704; R. CARRIDA, *Principi costituzionali e pubblica amministrazione*, in *Consulta online*, 2014, 22 ff.

[2] R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1989, 418.

[3] On the issue of comprehensibility of administrative language to ensure citizen understanding, there have been a number of legislative actions such as the Code of Style, created by the Ministry of Public Administration in 1993 and 1997. See also the Directive of the same Ministry on the simplification of the language of administrative texts of May 2002. On this point, G. ARENA (edited by), *La comunicazione di interesse generale*, Bologna, 1995; A. FIORITTO (edited by), *Manuale di stile*, Bologna 1997; G. ARENA, *Comunicazione e amministrazione condivisa,* in S. ROLANDO (edited by), *Teoria e tecniche della comunicazione pubblica. Dallo Stato sovraordinato alla sussidiarietà*, Milan, 2002, 45 ff.; M. VIALE, *Studi e ricerche sul linguaggio amministrativo*, Padua, 2008.

[4] Article 15 of Presidential Decree 10 January 1957, foresaw that "*The employee must maintain the secrecy of office and may not give to anyone who does not have the right to do so, even if they are not secret documents, information or communications relating to administrative measures or operations of any nature and news of which he has become aware because of his office, when damage may result to the Administration or third parties. Within the scope of his duties, the employee assigned to an office issues, to those who are interested, copies and extracts of official acts and documents in cases not prohibited by law, regulations or the head of the department*".

For an accurate reconstruction about the discipline of official secrecy obbligation, see G. ARENA, *Il segreto amministrativo*, Padua, 1984; M. CLARICH, *Diritto di accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3/1996; S. VACCARI, *L'evoluzione del rapporto tra la Pubblica Amministrazione e le persone nel prisma dello sviluppo della «trasparenza amministrativa»,* in *Jus-online*, 3/2015.

[5] On the configuration of transparency as a "regime of visible power", see N. BOBBIO, *La democrazia e il potere invisibile*, in *Rivista trimestrale di scienze politiche*, 1980, 181 ff.

The evolution of transparency regulation, as well as being an implementation of constitutional principles to prevent corruption and maladministration, also tends to achieve an effective participation of citizens in decision-making control over public powers, becoming a real instrument of democratic participation. In this scenario, the citizens do not assume a position of mere expectation but acquires awareness and actively participates in the public decision-making processes[6].

In light of this, a non-static notion of transparency emerges in Italian legal system but a dynamic one that evolves and changes over time. In fact, there is a change from an originally vertical interpretation of transparency[7], founded within a ministerial pyramid, to a horizontal vision of Administration, as elaborated by Filippo Turati. This paradigm shift is witnessed by the guaranteed possibility for all citizens to access information except for the limits fixed by the public law[8] «*whose legitimacy ultimately lies precisely in the vote expressed by the same administered as voters*» capable to uncover the veil of secrecy and guarantee an universal access to information.

The Italian Constitution of 1948 does not expressly provide the notion of transparency but shares Turati's reconstruction, constitutionalizing the aspects that characterize it: *advertising* and *accessibility*. These can be derived from the interpretation of general principle of good administration, contained in article 97 of Constitution. This gives rise to a notion of transparency in which advertising and accessibility are strictly inter-linked. If not, otherwise, one of the aims pursued by transparency – e.g. the repression of corruption phenomenon – would be lost. For example, we can consider the publication of a call for tenders on the notice board or on a website, in a holiday period, which has been cleverly concealed becoming «*equivocal, obscure and therefore non understandable to the citizens*»[9].

It seems appropriate to ask ourselves what legal discipline have been introduced in the Italian legal system.

The epochal turning point is represented by law no. 241 of 1990, which introduced in our system the institution of administrative procedure as a general rule of public action and the right of access to public administration documents. It has been observed that with this law: «*the wall of impenetrability towards the outside has begun to gradually crumble*»[10]. The foundations have been laid for creating a notion of transparency that tends to approach the glass house, theorized by Filippo Turati.

---

[6] G. TERRACCIANO, *La trasparenza amministrativa da valore funzionale alla democrazia partecipativa a mero (utile?) strumento di contrasto della corruzione*, in *Amministrativ@mente*, 11-12/2014, 9.

[7] The concept of vertical transparency is due to H. CHARDON, *L'Administration de la France: les fonctionaires*, Paris, 1908.

[8] In this regard G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, cit., 5946-5947, according to which the transition from a vertical concept to a horizontal concept of transparency and therefore open to the citizens draws its own «*legitimization precisely in the vote expressed by the same administrators as voters*». According to the Author «*the administration understood as servant apparatus of political power is not necessary to be transparent to the eyes of public opinion, indeed from the point of view of certain governed it is better that it is not at all; hence the long persistence in our system of official secrecy*».

[9] R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione*, cit., 421.

[10] Expression used by L. CALIFANO, *Trasparenza e privacy nell'evoluzione dell'ordinamento costituzionale,* in *Giornale di storia costituzionale*, 31/2006, 80.

The internet's future brings, as already mentioned, a change of transparency that is no longer seen in the *one-to-one* or *peer-to-peer* relationship between citizen and administration because administration expresses the interest that actions become visible to all, through an *open data dissemination*[11]. Thus, transparency paradigm changes. The ultimate aim is to ensure an open government in order to pursue a number of different interests, all aimed at achieving the good performance of Public Administration (e.g. the prevention of corruption phenomena; the repression of abusive practices; the resolution of interest conflicts; an immediately access guarantee to those who are in a difficult situations to the data of their interest). All these interests have an ultimate common purpose, namely to guarantee the principle of good administration through an open government.

1.1. *From transparency as a publication requirement to transparency as freedom of access to data and documents: the generalized civic access*

The legislator's goal is to create an open government was pursued with the Madia Reform, announced as the "*Italian Foia*"[12]. In fact, the legislator limited himself to introduce a series of publication requirement on Public Administration. On this point, it has been observed that this reform is far from giving citizens full access to information,

[11] On this point we see M. OREFICE, *Gli open data tra principio e azione: lo stato di avanzamento*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 May 2015.

[12] The Freedom of Information Act (FOIA) was born in USA in 1966 to give effect to "the right to know" (expression used for the first time by K. COOPER, *The Right to Know: An Exposi1ion of the Evils of News Suppression and Propaganda*, New York, 1956), expression of free speech and, more importantly, freedom of information. Essentially it claimed the right to contest «*arbitrary political power, preparing the way for the revolutionary concepts of popular sovereignty and the people's right to know, which were eventually embodied in the American Constitution*» (H.N. FOERSTEL, *Freedom of information and the right to know*, Greenwood press, Westport, Connecticut, 1999, 8). For a valid historical excursus on American FOIA, see M. OREFICE, *I Big Data*, cit., 39-45.

About Italian FOIA see the Explanatory Report attached to the Legislative Decree revising and simplifying the provisions on the prevention of corruption, publicity and transparency correcting the law of 6 November 2012 no. 190 and the legislative decree of 14 March 2013 no. 33, pursuant to article 7 of the law of 7 August 2015 no. 124, on the reorganization of Public Administrations.

For an in-depth study of legislative decree no. 33/2013, see F. LOMBARDI, *La problematica definizione dell'ambito soggettivo di applicazione degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di dati, informazioni e documenti previsti dal d.lgs. 33/2013*, in *Federalismi.it*, 15/2019; M. AVVISATI, *L'accesso civico universale nell'emergenza: dal bilanciamento fra diritti alla mission di servizio pubblico*, in *Astrid-Rassegna*, 4 November 2020; S. MILAZZO, *Trasparenza nella Pubblica amministrazione e accesso civico: analisi degli elementi di innovazione e di criticità della disciplina del FOIA italiano, di cui al D.lgs. 25 maggio 2016, n. 97*, in *Il Diritto Amministrativo,* 2016; P. CANAPARO, *L'ampliamento dell'ambito soggettivo di applicazione della trasparenza e l'introduzione del limite generale della compatibilità della disciplina*, in ID. (edited by), *La trasparenza della pubblica amministrazione dopo la Riforma Madia*, Rome, 2016; M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5/2016; F. GIGLIONI, *I soggetti obbligati alla disciplina sulla trasparenza*, in B. PONTI (edited by), *Nuova trasparenza amministrativa*, cit., 69 ff.; P. ADAMI, *Specificità, progressi e limiti delle autorità indipendenti verso un'amministrazione più aperta*, in A. NATALINI - G. VESPERINI (edited by), *Il Big Bang della Trasparenza*, Naples, 2015; D.U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alle luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto legislativo n. 33/2013*, in *Federalismi.it*, 5/2016.

being compared to an embryonic version of the American FOIA[13] and not to the recent developments that have taken place[14].

The main innovation of legislative decree 25 May 2016 no. 97 is represented by the introduction of a new form of access – the generalized civic access – which is added to the two already present in our legal system: the access to the simple acts – governed by the already mentioned law no. 241 of 1990 – and the simple civic access, introduced by article 5, legislative decree no. 33 of 2013[15]. The latter, in particular, assumes a sanctioning value consisting in providing anyone requesting it with deeds, documents and information subject to a requirement to publish.

The generalized civic access is a new type of access that becomes autonomous and disconnected from a publication requirement, placing on the citizen the obligation to request access to *closed data*, i.e. those data on which there is no obligation to publish by the public administration. Therefore, the Madia Reform undoubtedly represented an improvement on the active side of transparency because beyond the so-called *proactive disclosure* – i.e. the Administration's requirement to publish a series of public information considered relevant by the Legislator – has introduced the so-called *reactive disclosure*, that is the possibility for everyone to request any kind of information to public administration[16].

---

[13] G. DE MINICO, *La trasparenza della P.A. costruita sull'asimmetria,* in *Il Sole 24 ore*, 21 maggio 2017, 13 «[...] *Internet time has suggested to Americans the more advanced philosophy of open data. With it, the information, created by the administration with the data provided by the citizens, is acquired to the concept of common good: a good shared and sharable between citizens and administration. Therefore, its legal regime no longer follows the Foia model, and therefore does not repeat the drawback of tyrannical and singularly privileged information. It translates into a simple obligation for the administration to publish every piece of data in its possession, and to this generalized duty for object and addressee corresponds a real right of anyone to the knowledge of the informative patrimony of the public subject, with the exception of the various state secrets and similar*». See also L. CALIFANO, *Trasparenza e privacy*, cit., 93.

[14] The literature on the subject of FOIA is broad, among the various contributions on the subject especially in a comparative key see M. OREFICE, *I Big Data,* cit.; R. TARCHI*, Il diritto d'accesso nella prospettiva comparata,* in C. COLAPIETRO (edited by), *The right of access and the Commission for access to administrative documents twenty years after the law n. 241 of 1990* , Naples, 2012, 141 ff.; R. VLEUGELS , *Overview of all FOI laws,* 30 September 2012, 2 (*www.right2info.org*), in which, in 2012, Zimbabwe and Italy are also included among the 93 FOIA systems in the world, specifying, however, that the respective laws are less advanced; G. SGUEO, *L'accessibilità ad atti e informazioni nell'Unione europea: un percorso in divenire*, in A. NATALINI – G. VESPERINI (edited by), *Il big bang della trasparenza*, Naples, 2015, 163 ff.

[15] Article 5, paragraph 1 of Legislative Decree no. 33/2013 establishes: "*The requirement established by the current legislation for public administrations to publish documents, information or data entails the right of anyone to request the same, in cases where their publication has been omitted* ". Second paragraph of the recalled article, provides, instead, that " *anyone has the right to access the data and documents held by the public administrations, other than those subject to publication pursuant to this decree, in compliance with the protection limits of legally relevant interests in accordance with article 5-bis* ". With regard to the limits of this institute, it may refer to D. U. GALETTA, *Accesso civico*, cit., in the part in which it states: «[The] *civic access is limited in two ways: firstly, it is limited only to documents, information and data subject to the publication obligations imposed on the administrations by the Decree; secondly, it is not identified as an autonomous right, but as a sanction with respect to failure to comply with publication obligations*».

[16] A. PORPORTO, *Il "nuovo" accesso civico "generalizzato" introdotto dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 attuativo della riforma Madia e i modelli di riferimento,* in *Federalismi.it*, 12/2017. It is worthwhile to recall the judgment no. 515/2016, 77, rendered by Italian Council of State on the Madia Reform that highlights the positive aspects of the reform. In fact, it underlines that «*The passage from the need to*

However, authoritative scholars have highlighted the various obscure points of Madia Reform, especially the lack of widespread access to information. In this regard, in fact, the private accessibility to the so-called closed data requires an access request that the citizen must submit from time to time (i.e. a qualified interest). Therefore, the Administration will not make *ex-officio* data available to citizens, since there is no general administrative requirement to make data available to citizens. This means that this reform moves away from an administration model aimed to create an Open Data Policy, expression of the highest form of democracy.

For the reasons analysed above, it emerges that the regulatory evolution of transparency appears unable to guarantee the citizens right to be adequately informed. The question, however, that underlies all the reasoning so far carried out is the following: does Italian Constitution recognize a «*right to administrative information*?»[17].

On this point, some scholars have observed[18] how the right to information is recognized under the active aspect – i.e. the freedom of expression – but not for the passive aspect – i.e. being informed or anxious to inform oneself – that is not evaluated by our Constitution. In fact, article 21 of Italian Constitution only provides that "*everyone has the right to freely express their thoughts by speech, in writing and by any other means of communication*". Indeed, with reference to the passive aspect, the Italian Constitutional Court with judgment no. 105/1972 has highlighted the co-essential between freedom of expression and freedom of enterprise and democratic state form.

The approach adopted by our Constitution cannot be that a transparency notion understood in one-dimensional sense, very limited, which would clash with the International Human Rights Declaration[19]. It follows that the passive aspect of the right to information deserves protection as strong as the active one[20].

The absence of an explicit recognition of the right to be informed does not concern other legal systems. For example, the Spanish Constitutional Charter of 1978, much more "*recent*" and modern than the Italian Constitution, not only states the right "*to freely communicate or receive truthful information by any means of communication"* [article 20], but explicitly recognizes the "*right of citizens to access the archives and administrative registers, except in matters concerning the security and defence of the State, investigation into crimes and the privacy of persons*" (article 105).

From the Madia Reform, a notion of transparency emerges, un-linked to the right to be informed, which does not encourage the formation of a critical awareness of citizens as they will not have a full access to administration data. Making the glass

---

know to the right to know (from need to right to know, in the English definition FOIA) is for the national law a kind of Copernican revolution, being able to really evoke a familiar image, dear to Filippo Turati, Public Administration transparent as a glass house?».

[17] G. GARDINI, "*La nuova trasparenza amministrativa: un bilancio a due anni dal "FOIA Italia*", in *Federalismi.it*, 19/2018.

[18] G. GARDINI, "*La nuova trasparenza,* cit.

[19] UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS (1948), article 19; PACT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS (1966), article 19; ECHR (1950), article 10; TEU, art. 6, §§ 1-2 TEU; CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION (2000), articles 11, paragraph 2, 42.

[20] In this regard see G. GARDINI, *La nuova trasparenza*, cit.

house, of which Turati spoke, means that the Administration should provide as much information as possible to the citizens without placing conditions or constraints to access it. Nevertheless, even an unconditional access to the news poses a series of risks, especially the right to respect for private life, such as the possibility of providing the authorities with great opportunities for surveillance does not produce a more democratic system without an adequate explanation regarding the content of these[21].

2. *Privacy and transparency: a difficult coexistence*

The expansion of the right to transparency, also for the new technological capabilities, raises the problem of how this right can be reconciled with the right to a private life. It is therefore necessary to achieve a correct balance between the implementation of transparency and privacy.

A possible solution of this problem can be derived from the analysis of European Union law sources, especially article 4 of EU Regulation no. 679/2016 states that privacy *"is not an absolute prerogative, but it must be considered in the light of its social function and must be reconciled with other fundamental rights, in compliance with the principle of proportionality"*, while transparency must be ensured consistently with the personal data protection[22]. In particular, we move from a model based on the right to propriety to one based on right to privacy in the technological scenario, as proposed by Rodotà[23], attracted in the area of fundamental freedoms in which the development of technology unfolds and spreads outwards in an increasing quantity of data.

In the technological era, the data dissemination requires the need to find the right tools to guarantee and protect the personal data held by citizens. The right to privacy has the status of individual fundamental right and it is protected by articles 2, 3, 13, 14 15 of Italian Constitution and by article 8 of the ECHR.

The internal framework for the processing of personal data derives from that of the European Union[24], substantially contained in the Regulation no. 679/2016 of the European Parliament[25] that from 2018 has taken the place of Directive no. 46/95/EC on personal data protection. In this system, the right to private life is constructed as an "*informational self-determination*" in which citizens are given a full right to check their information tending not to forget them (i.e. the right to be forgotten)[26]. The individual

[21] F. MERLONI, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, Milan, 2008, 8.

[22] Article 1, paragraph 2 of Legislative Decree no. 33 of 2013, which in solemnly affirming the numerous constitutional references of transparency principle. It states that this must be ensured "*in compliance with the provisions regarding the protection of personal data*".

[23] S. RODOTÀ, *Tecnologia e diritti*, Bologna, 1995.

[24] The reference text in our system is the "Codice in materia dei dati personali", the legislative decree no. 196/2003, which transposes the European Union legislation.

[25] REGULATION (EU) 2016/679 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL OF 27 APRIL 2016 about the protection of natural persons concerning the processing of personal data, as well as the free circulation of such data and repealing Directive 95/46/EC.

[26] It is fitting to note that this evolution was achieved through a progressive evolution of the legitimacy jurisprudence. See for example: Cass. civ., section I, no. 2129/1975; Cass. civ., section I, no.

choice to make his/her data available, takes place through a contract with which they decide to give a specific consent to the data processing, subject to informative without prejudice to the right of access to him/her information well as rectification and erasure right in case of errors and breaches.

Right to privacy evolves as an inviolable and essential right for the development of an individual personality, establishing a bilateral relationship between data subject and data controller. The relationship covers subjective legal situations where each individual is the owner of his data.

However, when a citizen makes this huge amount of data available, he or she does so without giving free and informed consent before involving his or her data. In this way a situation of obscure uncertainty is realized where consensus tends to turn into a "*non-consensus*"[27] which, especially in economic relations, becomes and remains indispensable for access to the essential services of everyday life. In this way the protection of privacy, originally based on consent and assisted by the guarantee of autonomy and awareness, can no longer be invoked. On this point, a number of doubts have been highlighted about the purpose to use these data from those who collect them in massive form. As these data are anonymous, the data controller will not have to indicate the reasons to collect them and nothing would prevent their use for different reasons from the initial ones. Neither a similar risk is avoided by the rules of privacy that in article 35 of Italian Data Protection Code guarantees the privacy protection through an *ex ante* assessment of the risks that would involve the aggregation of data "*for the interests and freedoms of individuals*". Referring to this, some critical points have been highlighted of such a well-conceived system could work in the case of data referable to a data controller but not in the case of Big Data – which are anonymous – where nobody could give any legal grounds for grievance because no one can be identified except through cross-checks[28]. The same impact assessment, in reality, would appear to be a completely inadequate remedy and would lead to unsuccessful results, as the Privacy Guarantor, through its approval, delivers a semi-legal immunity[29].

2.1. ***Risks and consequences of uncontrolled data dissemination on the Constitutional rights: data mining and algorithmic governance***

8889/2001; Italian Constitutional Court, no. 81/1993. In this regard, see among the various contributions on the subject S. RODOTÀ, *Technologies and Rights*, Bologna, 1995; A. CERRI, *Riservatezza* (right to), in *Enciclopedia giuridica*, III, Rome, 1995, 1-4; S, RODOTÀ, *Tecnologie e diritti,* cit., 18-27; G. FAMIGLIETTI*, Il diritto alla riservatezza o la riservatezza come diritto. Appunti in tema di riservatezza ed* intimidad *sulla scorta della giurisprudenza della Corte costituzionale e del Tribunal Constitucional. Intervento al seminario Bio-tecnologie e valori costituzionali: il contributo della giustizia costituzionale*, Parma, 19 March 2004.

[27] W. KERBER*, Digital markets, data and privacy: competition law, consumer law and data protection*, in *GRUN int*, 2016, 641 ff.

[28] In this regard see. G. DE MINICO, *Libertà in rete e libertà dalla rete*, Turin, 2020, 235 ff.

[29] Always see G. DE MINICO, *Big data e la debole resistenza delle categorie giuridiche. Privacy e* lex mercatoria*,* in *Diritto pubblico,* 1/2019, 96*,* which in this regard states that an «*oxymoron of impact assessment*» would be realized.

The problem of balancing privacy and transparency is also intertwined with the methods concerning the use of data and the consequences that an uncontrolled dissemination of the same can entail.

The data could be used as a starting point for predictive analyses (i.e. all predictive activities carried out in order to anticipate the behaviour of entire categories of subjects that presumably will assume in according to the projections of algorithm models, so-called *data mining*[30]*)*. In particular, this form of processing is made possible through the use of current technologies which have a computing power such as to allow not to work on samples but on a whole mass of information. This is precisely one of the aspects for which the need to provide adequate privacy protection arises, in order to avoid not only the right to privacy but also discrimination and violation of other constitutional rights.

The problem of algorithmic governance is linked to the danger of discrimination inherent in data mining which, if it occurs, can have repercussions on society as a whole especially on the possible violation of fundamental rights[31]. Especially, an application of the predictive model is the investigation of jihadist terrorism: if it turns out that the terrorists are mostly young male men, coming from certain countries, automatically, based on what is revealed by the algorithm, anyone who presents these characteristics will be under special surveillance[32].

At this point it becomes necessary to guarantee the knowability of algorithm operation in order to evaluate the predictive investigations since the algorithm may present errors that can have detrimental effects for the subjects involved[33].

Another case is represented by sensitive health data collected anonymously about a serious incapacitating disease spread in a specific area of the country. Therefore, these persons who are discriminated against, could incur due to the error of the algorithms[34]. These technologies make possible to exploit the power of Big Data to

---

[30] FEDERAL TRADE COMMISSION, *Big Data. A Tool for Inclusion or Exclusion? Understanding the Issues, ftc Report, January 2016,* in *https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/big-data-tool-inclusion-or-exclusion-understanding-issues/160106big-data rpt.pdf.*

[31] C. NARDUCCI, *Intelligenza artificiale e discriminazione*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2021.

[32] F. BIGNAMI, *European Versus American Liberty: A Comparative Privacy Analysis of Anti-Terrorism Data-Mining*, in *Boston College Law Review*, 48/2007, 637; B. GOOLD, *Privacy, Identity,* cit., 12-25; A. MANTELERO, *Personal data for Decisional Purposes in the age of Analytics: From an individual to a Collective Dimension of Data Protection*, in *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, 2/2016, 10-11; S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., 90-91.

[33] In this regard, WP29 itself considers that: *"profiling and automated decision-making can entail significant risks for the rights and freedoms of natural persons, who require adequate guarantees. These processes may be non-transparent. Individuals may not know that they are profiled or do not understand the consequences. Profiling can perpetuate stereotypes and social segregation. It can also confine a person to a specific category and limit it to the preferences suggested for that category. This can undermine people's freedom to choose, for example, certain products or services such as books, music or newsfeeds. In some cases, profiling can lead to inaccurate forecasts, in others to the denial of services and assets and unjustified discrimination*", in *Guidelines on automated decision-making concerning individuals and profiling for the purposes of regulation 2016/679*, WP 251 rev .01, 6; see also A. MORETTI, *Algoritmi e Diritti fondamentali della persona. Il contributo del regolamento (UE) 2016/697*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 4/2018, 802 ff.

[34] This issue is part of the broad concept of the "*risk score*", i.e. the tendency to assign a score to the citizen on the basis of which to provide or not a certain service. Again, we are in the area of

increase the data base on which performs one's own analyses, profiling the habits, preferences, trends of the insured in order to determine the relative insurance risk. If we entrust the assessment carried out not by a human but by an algorithm, that is to say to a fully automated procedure, which, in a more efficient and faster way, will assess: the insurance risk relating to a specific person; the convenience or otherwise the assumption of the risk; the amount of insurance premium; other elements of the insurance contract. Therefore, it becomes necessary that the algorithm operations are knowable, at least the source code of the algorithm, in order to carry out a check on the functioning.

On this point, the need to disclose how the algorithms work becomes instrumental to its justice. In particular, with reference to the appeal of authoritative acts based on algorithms, the administrative jurisprudence has stated appropriateness to admit the appeal of administrative acts for algorithmic errors[35] .

---

discriminations operated by algorithms, starting from the so-called *predictive police* to the calculation of creditworthiness, or the risk of using algorithms from Public Administration for the performance of restricted activities. In this regard see A. BONFANTI, *Big data e polizia predittiva: riflessioni in tema di protezione del diritto alla privacy e dei dati personali*, in *MediaLaws*, 3/2018, 206 ff.

A further example can also be represented by the use of algorithms in the field of Banking-Financial Law. On the point see M.T. PARACAMPO, *FinTech tra algoritmi, trasparenza e algo-governance*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2/2019, 213 ff.; G. BIFERALI, *Big data e valutazione del merito creditizio per l'accesso al peer to peer lending,* in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 3/2018, 487 ff.; C. ALVISI, *I trattamenti nel settore bancario, finanziario e assicurativo,* in L. CALIFANO-C. COLAPIETRO (edited by), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Naples, 2017.

[35] The judge makes an assessment that will not be of merit but a review of the technical discretion that also concerns the accuracy in if and for himself of the selected parameter. The administrative judgment, in this case, will not be based on a mere review of discretion but it will be possible to review the correctness of the chosen parameter. In this way, the judge will carry out an assessment which will not be one of merit but a review of technical discretion which also concerns the correctness of the chosen parameter. He will not go into the merits of the case but will be able to reveal whether the algorithm has discriminatory aspects that must be eliminated. So, in this way, the Administration proceeds to correct the algorithm and create a new one.

In this sense, see the judgment Cons. State, section VI, 8 April 2019, no. 2270, relating to one of the first Italian disputes relating about the use of an algorithm by an administration – in this case the Ministry of Education – for the management of an administrative procedure aimed at the assignment of positions to tenured Professors. This judgment addresses the delicate problem of the automation of administrative procedures, establishing key principles regarding the interpretation and declination of the measures adopted through them and the consequent profiles of administrative responsibility. In this sentence it is established that the result deriving from the application of the algorithm implies that the administrative act is considered as an IT administrative act. In particular, the judgment states that: «*the absence of human intervention in some administrative procedures, totally delegated to Artificial Intelligence, is not only legitimate but also desirable, because it strengthens good performance and impartiality. However, the computerized administrative procedure must use algorithms that are transparent, to admit the union by the administrative judge*». From this judgment it emerges, therefore, that in any case the algorithms must be submitted to the full review of the administrative judge. The judgment in question overcomes the dictum that emerged from the judgment of TAR judgment no. 9227/2018 in which the need of a human procedure to the administrative procedure was affirmed. The reform of the administrative process, among other things, has expanded the means of technical evidence, so it is possible not only to verify the reliability but also challenge the legitimacy of the algorithm.

From the analysis emerges the critical point of the new Privacy regulation which between the option of visibility and secrecy, states to choose the latter. This interpretation derives from article 34, paragraph 9, establishing only the faculty, not the obligation of the holder to collect the opinions of the interested parties "*if appropriate*". Therefore, the author is free to grant or deny access to the algorithm. Therefore, there is a degradation of the right to know the algorithm, given the situation of digital darkness (G. DE

3. *The role of the Italian Regulatory Authorities in balancing privacy and transparency: the relevance of the guidelines*

After analysing the difficulty of guaranteeing an effective balance between transparency and privacy and the risks deriving from an uncontrolled dissemination of data, it is necessary to analyse how to bring together two regulatory systems: first is represented by the national regulatory discipline of privacy and the new European regulation, characterized by the presence of a sector Authority (Privacy Guarantor) and various organizational models; second is a transparency system that presents its own rules[36], in which the role of the National Anti-corruption Authority (ANAC) tends to build up a model aimed to prevent and reduce the risk of maladministration.

But is it possible to create a coexistence between these two systems?

This balance must be achieved by the ordinary legislator who should define the methods for achieving this objective. Therefore, the legislator would enjoy a great discretion which should, however, be assessed in accordance with European rules[37]. Especially, it is necessary that the privacy restriction represents "*a necessary and proportionate measure*" considering the other public interests[38].

Among the risks inherent the publication of an enormous amount of data on the public administration websites, according to modalities that allow indexing and traceability through search engines, brings a violation of citizens' right to privacy as it will be enough to type on Google the name and surname of the interested party and find all the published data of the Administration that can be linked with them[39].

The danger of the various models of transparency would therefore result in emptying the concept of privacy, also with the denial of the right to be forgotten.

MINICO, *Towards an Algorithm*, cit., 393-398; ID., *Fundamental rights, European digital regulation and algorithmic challenge*, in *MediaLaws*, 1/2021, 28 ff.).

Another problem is the form of responsibility of algorithm programmer is subjected where the error of the predictive analysis can be understood only after having access to the algorithm code. A possible solution is offered by G. DE MINICO, *Big data e la debole resistenza delle categorie giuridiche. Privacy e* lex mercatoria, cit., 96, that brings the algorithm back into the dangerous activities and the danger is not considered in the activity but in relation to the effects that it produces towards third parties, applying the normative discipline foreseen by article 2050 Italian civil code, which is a form of objective responsibility that does not depend on malice and guilt.

[36] Legislative Decree no. 33/2013 is currently also known as the "*code of transparency*". See G. GARDINI*, Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?,* in *Giornale di diritto amministrativo,* 2014, 875 ff.; on the Code of Transparency after Legislative Decree no. 97/2016 see B. PONTI (edited by), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Rimini, 2016.

[37] E. CARLONI – M. FALCONE, *L'equilibrio necessario. Principi e modelli di bilanciamento tra trasparenza e privacy,* in *Diritto pubblico*, 3/2017, 737 ff.

[38] On this point, reference is made to art. 23 of the EU Regulation 2016/679.

[39] In this regard, see the reports to the Privacy Guarantor regarding union orders concerning the subjecting of some persons to mandatory medical treatment (ex *multis* Prov. Guarantor 21 February 2013, in *www.garanteprivacy.it,* doc. web no. 2355041), or in the case of data (names, surnames and results expressed in numerical terms) relating to the intermediate tests taken by participants not admitted to the oral examination of a competition (Prov. Guarantor 6 December 2012, in *www.garanteprivacy.it*, doc web no. 2223278).

Therefore, it will be necessary to identify the various strategies that can be adopted by legislators to achieve an adequate balance between these two constitutional values[40], on which several proposals have been made[41].

In order to achieve this balance, primary importance is assumed by the guidelines of Privacy Regulatory Authority in the transparency field. Especially, the Guarantor guidelines tends to achieve the principles of *minimization*, *relevance* and *not excess*[42]. The Privacy Code specifies the task entrusted to the Guarantor, that means: "*to take care of the knowledge among the relevant public discipline concerning the processing of personal data and related purposes as well as data security measures*[43]". However, this provision indicates the aim to be pursued but not the purpose with which to achieve it.

The Guarantor's guidelines, however, establish a first unitary framework regarding the devices that public subjects must keep in the activity of spreading personal data in order to maintain balance between privacy and transparency[44]. First, it is established that the administrations must make available only the exact personal data that are updated and contextually evaluating the purpose envisaged by the sector discipline for which there is a requirement to publish.

Therefore, even if the legislator is required to publish a series of data, he must assess, case by case, which data may be published, and which ones may be obscured. The identification work of the legislator must be inspired by an interaction of a series of principles including the necessity and relevance established by the code, the indispensability to prohibit the data publication which reveals the state of health[45].

As regards the realization of this balance, an important role is also played by the ANAC, called to monitor compliance with the publication requirement. The competence of the ANAC is automatically intertwined with that of the Privacy Guarantor, playing a fundamental role in the implementation of a good coordination between the two Authorities. This coordination can be appreciated by article 3, paragraph 1-bis that recognizes the possibility for ANAC, after having "*heard the Privacy Guarantor about the events that personal data are involved",* even "*for the exclusive purpose to reduce charges*", to "*identify the data, information and documents subject to mandatory publication pursuant to the regulations in force for which publication in its entirety is replaced by that of summary information, processed by aggregation*".

Even ANAC guidelines regarding generalized civic access, approved on 29 December of 2016, seek to achieve this balance.

---

[40] The need to avoid a conflict between "*transparency and privacy*" is well recognized by M. VIGGIANO*, I limiti alla pubblicità dell'azione amministrativa per finalità di trasparenza,* in L. CALIFANO – C. COLAPIETRO (edited by), *Le nuove frontiere della trasparenza*, Naples, 2014, 241.

[41] Among the various strategies and models to be used, see E. CARLONI – M. FALCONE, *L'equilibrio necessario*, cit, 741 ff.

[42] L. CALIFANO, *Trasparenza e privacy,* cit.

[43] Legislative Decree no. 196/2003, article 154, paragraph 1, lett. h).

[44] Guidelines on the treatment of personal data which also acts and administrative documents, made for aim of advertising and transparency on the web from public and other entities obliged subjects (Prov. Guarantor 15 May 2014 in *www.garanteprivacy.it*, web document no. 3134436).

[45] In this sense, you see. L. CALIFANO, *Trasparenza e privacy,* cit.

First, the Administration, before proving the existence of a prejudice to confidentiality, must demonstrate the existence of a specific causal link between access and damage and also that such prejudice has been caused by the dissemination of the requested information. The assessment, therefore, becomes a form of prognostic evaluation which brings the damage in a causal link, understood as a high probability of the prejudice deriving from the publication of the documents[46]. In assessing the existence of such prejudice, which will have to be evaluated concretely, the role of the procedure in which the administration will have to involve the counterparts, whenever the data minimization and anonymization techniques will be ineffective and so it will gain particular importance. In such a scenario, the dialogue with the other parties will be necessary, becoming an index from which to infer the existence or not of a concrete prejudice.

But what are the limits of the current system and how would it be possible to achieve a balance between the two rights?

It has been observed that in the Italian legal system we need to strengthen the role of the regulatory authorities[47]. It highlights that there are still serious doubts to assign regulatory powers to the independent Administrative Authorities, for the lack of a legal basis[48]. On this point, we must mention the two main orientations: first strictly applies the rule of law and therefore denies the regulatory power of Administrative Authorities to the extent that these powers can only be granted by law; second enhances, instead, the theory of implicit powers according to which although there are powers not contemplated by the law. These must however be conferred as long as they are instrumental to the achievement of the assigned institutional aims. In this way a real blank cheque would be given to the Authorities[49] .

Administrative jurisprudence has shared the first orientation, rejecting a weak interpretation of the rule of law. In this regard, we quote the judgment of the Council of State no. 4874/2014 in the part where it states that: «*in the areas characterized by particular technicality [...] the sector laws attribute to the individual independent administrative Authorities [...], to ensure the pursuit of the legislative objectives set, not only individual administrative powers but also regulatory powers in the broad sense*».

---

[46] In this regard, reference is made to the FOIA GUIDELINES, pt. 5.2, 11, which states: "*The administration, is required to verify, once ascertained the absence of absolute exceptions, if the exposition of the acts can determine a concrete and probable prejudice to the interests indicated by the legislator. In order for access to be refused, the prejudice against the interests considered by paragraphs 1 and 2 must be concrete, therefore there must be a precise causal link between access and injury.*

The administration, in other words, cannot limit itself to prefiguring the risk of a bias in a generic and abstract way, but will have to:

a) clearly indicate which - among the interests listed in art. 5 bis, co. 1 and 2 - is affected;

b) to assess whether the (concrete) prejudice envisaged depends directly on the disclosure of the information requested;

c) assess whether the prejudice resulting from the disclosure is a highly probable event, and not only possible".

[47] For a precise analysis on the limits of generalized civic access, see G. GARDINI, *La nuova trasparenza,* cit.

[48] The literature on the subject is extensive, among all see M. FOGLIA*, I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Quaderni regionali*, 2008, 569.

[49] S. FOA, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti,* Turin, 2002, 119.

A corollary of the legal uncertainty framework is represented by the value to be assigned to the guidelines and in general the exercise of regulatory power. Especially if they can be assimilated to soft law or hard law instruments[50]. From the framework outlined, it emerges that in our legal system lacks a single control system, endowed with autonomy and independence, on civic access as well as powers of regulation and supervision. The Italian scenario differs from the other European realities where we find specific Authorities, also endowed with decision-making powers, in the matter to solve disputes regarding civic access. Just think to Great Britain, where an Information Commissioner was established; to Spain, which set up the *Comisión de Transparencia y Buen Gobierno* in 2013; to Germany which, in 2006, chose to grant the *Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit* supervisory powers on transparency.

Some indication in the perspective of an intervention by Italian legislator, is provided by the judgment of the Italian Constitutional Court no. 20/2019 concerning the constitutional illegitimacy of article 1-bis, paragraph 14 of Legislative Decree no. 33/2013 that provides Administration's requirement to publish data indicated in article 14, paragraph 1, letter f) for all holders of managerial positions[51]. Well, the Constitutional Court observed that the publication of a such large quantity of data must pass a proportionality test since it does not facilitate the implementation of anti-corruption purposes but creates an "*opacity due to confusion*" which hinders an effective control by individual citizens on administrative action.

---

[50] On this point see E. GROSSO, *Autorità indipendente o autorità onnipotente*?, Bari, 2002, 159, with reference to the publication of codes of ethics, reproaches the guarantor of playing a role in the rules of production; P. BILANCIA, *Riflessi del potere normativo delle Autorità indipendenti sul sistema delle fonti*, in *Diritto e società,* 1999; S. MORETTINI, *Il soft law nelle Autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie? I paper dell'Osservatorio sull'Autorità di impatto della Regolazione*, in *Osservatorio AIR,* 4/2011.

It should be noted that the power exercised by the Administrative Authorities, in particular the Privacy Guarantor, takes on a normative value according to the type of act adopted, which may or may not have normative value. On the normative value of the guidelines of the Guarantor of Privacy of June 25 2009 on the publication of health data on websites, see A. RUBINO, *Nota alle linee guida del Garante per la protezione dei dati personali "in tema di trattamento di dati personali per finalità di pubblicazione e diffusione nei siti web esclusivamente dedicati alla salute*", in *Osservatorio sulle fonti,* 1/2012, 3, according to which the Guarantor exercises «*a power comparable to the regulatory one. However, there have been occasions when the same jurisprudence of merit has denied the preceptive value of the acts posed by the Guarantor, in particular on the point we can see Trib. Civ. Rome, section I, 2 October 2009, with reference to the value of the guidelines of the Privacy Guarantor regarding the data carried out by experts and technical consultants, issued on 31 July 2008, according to which "these are indications peacefully devoid of a preceptive value"*».

[51] O. POLLICINO – F. RESTA*, Trasparenza amministrativa e riservatezza*, in *Agenda digitale*, 25 Febraury 2019; O. POLLICINO – G. REPETTO, *Not to be pushed aside. The Italian Constitutional Court and the European Court of Justice*, in *Verfassungsblog,* 27 February 2019; A. CORRADO, *Gli obblighi di pubblicazione dei dati patrimoniali dei dirigenti alla luce delle indicazioni della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 27 February 2019; G. BRONZINI, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di Giustizia?,* in *Questione giustizia*, 2019; A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura*), in *Consulta online*, 1/2019, 113 ss.; R. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?,* in *Giustizia insieme*, 4 March 2019; G. VITALE, *I recenti approdi della Consulta tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 22 May 2019; S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta opportuna della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 10/2019.

With reference to the implementation of a balance between privacy and transparency, the judge points out what might be the legislator's solutions for compliance with the proportionality test: the predefinition of income thresholds (the exceeding of which is a necessary condition to trigger the requirement to publish); the dissemination of data covered by anonymity; publication in nominative form of information following predefined scales; the simple lodging of personal declarations with the competent supervisory authority. The Court emphasizes, however, that it is for the legislature, in view of its wide discretion, to choose the most appropriate remedy[52].

Another indication provided by the Italian Constitutional Court in judgment no. 20/2019 is to ensure an adequate protection of personal data. So, it must be ensured by indexing or by easily retrieving through search engines[53]. Therefore, although the objective is to ensure an open government, we should consider the risk of a "crystallization" of information in the network. For this reason, we have a duty to find a valid balance between indexation of data and privacy[54].

[52] Point of law no. 5.3.2., Italian Constitutional Court judgment no. 20/2019.

[53] Point of law no. 5.3.1., Italian Constitutional Court judgment no. 20/2019.

[54] To achieve this goal, a solution envisaged could be those of the guidelines of Privacy Guarantor no. 243/2017, which allows a consultation of data published on-line not through external search engines but through search features inserted within the sites where personal data are stored. In this regard M. MACCHIA – C. FIGLIOLIA, *Autorità per la privacy e Comitato europeo nel quadro del General Data Protection Regulation*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2018, 423; A. PATRONI GRIFFI, *L'indipendenza del garante*, in *Federalismi.it*, 4/2018.

Precisely the enhancement of the principle of proportionality and the need to achieve a balance between privacy and data indexing led the legislator, with Decree Law No. 162/2019, converted into Law No. 8/2020, to undertake a legislative intervention linked to the canon of proportionality of European derivation. In this way, proportionality becomes a tool to achieve that further reform in the field of administrative transparency in implementation of the judgment no. 20/2019 with reference to holders of executive positions. The hope is that the legislature will take action to implement interventions aimed at providing a clear and sufficiently decisive framework in the field of transparency (V. FANTI, *La trasparenza amministrativa tra principi costituzionali e valori dell'ordinamento europeo: a margine di una recente sentenza della Corte Costituzionale (n. 20/2019*), in *Federalismi.it,* 5/2020, 57).

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

SEMINARIO ANNUALE CON I DOTTORANDI IN MATERIE GIUS-PUBBLICISTICHE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI "ROMA TRE" – 29 SETTEMBRE 2021

ALLE RADICI DELLA FUNZIONE DI GOVERNO: GLI «STUDI GIURIDICI SUL GOVERNO PARLAMENTARE» DI V.E. ORLANDO*

SILVIA FILIPPI**

SOMMARIO: 1.Perché studiare la funzione di governo secondo una prospettiva genealogica (e partire dagli «Studi giuridici sul governo parlamentare» di V. E. Orlando). – 2. Gli «Studi giuridici sul governo parlamentare» e gli assetti di governo statutari. – 3. Gli «Studi giuridici sul governo parlamentare» come sintesi e punto di ripartenza. – 4. Quale eredità?

1. *Perché studiare la funzione di governo in una prospettiva genealogica (e partire dagli «Studi giuridici sul governo parlamentare» di V. E. Orlando)*

Uno studio che si proponga di indagare i fondamenti teorico-giuridici della funzione di governo nell'esperienza costituzionale italiana non potrà prendere avvio dalla fase repubblicana, ma dovrà necessariamente risalire alla fase formativa della riflessione, che si colloca nel periodo statutario. Nonostante gran parte dei problemi affrontati, delle argomentazioni spese e delle conclusioni raggiunte in questa fase non siano più «dottrina *vivente* del diritto pubblico[1]», la loro analisi appare imprescindibile per mettere in evidenza i diversi momenti di continuità e di rottura nell'ambito dello sviluppo di un concetto che caratterizza il paradigma disciplinare. In particolare emerge

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

** Assegnista di ricerca in Diritto Pubblico, Università degli studi di Perugia-Dipartimento di Giurisprudenza.

[1] C. CARUSO, F. CORTESE, *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico: una introduzione*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (cur.), *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico. Vittorio Emanuele Orlando* reloaded, Milano, 2020, 10.

come, nonostante le cesure storiche, l'evoluzione della funzione di governo si possa ricostruire seguendo una linea di sostanziale continuità, seguendo la direttrice «discontinuità politica-continuità istituzionale», riferibile all'esperienza italiana compresa tra la formazione dello Stato unitario e l'entrata in vigore della Costituzione democratico-pluralista[2]. La tendenza espansiva dei poteri dell'esecutivo, cui si assiste già a partire da una fase risalente dell'epoca repubblicana[3], appare profondamente legata alla peculiarità della nozione di potere esecutivo, intesa come potere "governante"[4], che si fa risalire alla genesi novecentesca delle teorie della funzione di governo e dell'indirizzo politico[5], che a loro volta si radicano nel sostrato teorico-giuridico del periodo liberale. È infatti a partire da questa fase che il dualismo «politica–diritto» assume una autonoma rilevanza nella giuspubblicistica ed anzi, non si riesce a «pensare la politica se non come sfera del governo e in generale come gestione del potere pubblico»[6].

L'adozione di una prospettiva genealogica permette di svolgere l'indagine seguendo il tracciato segnato dalle trasformazioni della funzione di governo, ricorrendo ad una metodologia che affianca allo studio delle dinamiche istituzionali, delle prassi e della giurisprudenza, prospettive di analisi che ampio spazio danno all'apporto della dottrina costituzionalistica. In questa sede ci si concentrerà sugli «Studi giuridici sul governo parlamentare»[7], lavoro di Vittorio Emanuele Orlando del 1886, fondamentale tappa di quel processo di "sistematizzazione" cui è andata incontro la sfuggente categoria della funzione di governo. Lo scritto del Maestro palermitano costituisce una sintesi dell'orientamento più autorevole della dottrina costituzionalistica sul punto[8], in cui sono altresì chiaramente individuate le problematiche che emergeranno negli anni successivi, e che si manifesteranno nella torsione autoritaria dell'ordinamento italiano e nel rinnovato interesse, sul piano teorico, verso l'attività governante. Quello di Orlando

[2]Cfr. P. CALAMANDREI*, Cenni introduttivi sulla costituente e i suoi lavori*, in P. CALAMANDREI, F. LEVI (cur.), *Commentario sistematico della Costituzione italiana*, Firenze 1950, CXXXV; V. CRISAFULLI, *La continuità dello Stato* (1963), in ID., *Stato popolo governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, 8 ss.

[3] Cfr. E. CHELI, *L'ampliamento dei poteri normativi dell'Esecutivo nei principali ordinamenti occidentali,* in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2/1959, 465 ss.

[4] M. LUCIANI, *La massima concentrazione del minimo potere. Governo e attività di governo nelle democrazie contemporanee*, in *Teoria Politica*, 2015, 117-118. La letteratura giuridica italiana del Novecento è particolarmente interessante in quanto la funzione di governo, che per secoli aveva coinciso con quella di «mantenimento della pace e della quiete» finisce per sovrapporsi a quella di indirizzo politico, facendo così passare il governo «dal reggimento/conservazione alla progettazione».

[5] Il riferimento è ovviamente ai lavori di Panunzio, Mortati, Crisafulli e Lavagna. Sul punto si rinvia al recente C. TRIPODINA, *L'«indirizzo politico» nella dottrina costituzionale al tempo del fascismo*, in *Rivista AIC,* 1/2018, 1 ss., e alla ricca bibliografia ivi citata.

[6] F. CAMMARANO, *Il progresso moderato: un'opposizione liberale nella svolta dell'Italia Crispina (1887-1892)*, Bologna, 1990, 144.

[7] V. E. ORLANDO, *Studi giuridici sul governo parlamentare* (1886), in *Diritto Pubblico Generale. Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, 1954, 345 ss.

[8] M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato,* in A. SCHIAVONE (cur.), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, 1990, 13.

è un «pensiero della crisi»[9], che si traduce in una critica della condizione contemporanea e cerca rimedio nella «storicità» del diritto.

2. *Gli «Studi giuridici sul governo parlamentare» e gli assetti di governo statutari*

Tornano immediatamente alla mente, leggendo gli «Studi giuridici sul governo parlamentare», le parole di Capograssi[10], che, chiedendosi come operassero i giuristi di diritto pubblico, afferma: «prendono una situazione di fatto, cioè storica […] come fosse cristallizzata, la canonizzano, la traducono in concetti, la esprimono in termini di sistema», individuando una certa tragicità nel compito di «accettare il labile e cercare di trasformarlo in stabile», cui sottende «una certa sottomissione, una certa quasi si direbbe abdicazione che il pensiero fa di se stesso; vale a dire c'è sempre, in certo modo, un certo ridurre il diritto a mezzo per gli scopi estranei al diritto, delle forze politiche». La riflessione di Orlando, sebbene spesso ritenuta formalistica[11], si caratterizza per un certo realismo, in riferimento soprattutto agli obiettivi generali della sistematica, diretta a dare risposte al «mondo reale»[12].

Orlando nel suo lavoro si preoccupa di mitigare la piena attuazione dei principi della forma di governo parlamentare, preservando il ruolo «governante» e non solo «regnante» della Corona, allontanando lo spettro di quanto avvenuto in Inghilterra, dove la redistribuzione della sovranità si esauriva nel «circuito» Parlamento-Governo, con la definitiva estromissione della prerogativa regia[13]. La carica di Presidente del Consiglio inizia infatti ad assumere un profilo più definito quando Cavour[14] è a capo dell'esecutivo, quasi ininterrottamente, dal 1852 al 1861. Nell'ambito di questa continuità governativa si instaura un modello di rapporti fra Corona e governo che si interromperà solo alla morte del conte. Egli interpreta il suo ruolo come un Premier britannico, chiamando a far parte del gabinetto persone di sua fiducia e riservandosi le

[9] A. FURIA, *Tra fuoco e cenere. Riflessioni su diritto e politica nel pensiero di Orlando*, in C. CARUSO, F. CORTESE, S. ROSSI (cur.), *op. cit*., spec. 68 ss., che richiama in questo senso P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950),* Milano, 2000, 30 ss.

[10] G. CAPOGRASSI, *Il problema di V.E. Orlando* (1952), ora in *Opere*, V, 360, Milano 1959, corsivo nostro. Su questi passaggi cfr. G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V. E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Otto e Novecento*, Milano, 1980, 375 ss.; F. CERRONE, *Sull'esperienza giuridica: Capograssi, Orestano, Giuliani*, in *Diritto Pubblico*, 3/2016, 963 ss.

[11] Sul punto cfr. di recente M. MAZZAMUTO, *Orlando uno e trino versus Orlando dimenticato o immaginario*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (cur.), *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico. Vittorio Emanuele Orlando* reloaded, cit., 309 ss.

[12] C. CARUSO, F. CORTESE, *op. cit.,* 19, richiamando M. S. GIANNINI, *Postilla 1973*, in *Quaderni fiorentini*, 1973, 263. Di recente la dottrina si è soffermata sull'evoluzione dello statuto teorico orlandiano, superando quelle ricostruzioni che tendevano a cristallizzare, la posizione orlandiana. Cfr. V. TEOTONICO, *Contributo alla riflessione sul lascito di Vittorio Emanuele Orlando nel diritto pubblico*, Bari, 2018, spec. 108 ss. e 355 ss.; S. PENASA, *Ai confini del diritto pubblico: ibridazione dei metodi e identità epistemologiche nel prisma del primato della Costituzione*, in *Rivista AIC*, 2/202, 203 ss.

[13] R. NANIA, *Prime considerazioni sulla "funzione di governo" come "funzione di indirizzo"*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti. Annuario, 2001. Il governo*, Padova, 2002, 295 ss.

[14] Su Cavour, cfr. per tutti la biografia in 3 voll. di R. ROMEO, *Cavour e il suo tempo. 1810-1842; 1842-1854; 1854-1861*, Roma-Bari, 1984.

posizioni fondamentali, senza contare che, quando egli si dimette, il Ministero lo segue compatto[15]. Appare condivisibile[16] la tesi di Predieri per cui l'esperienza cavouriana indurrà la Corona a riprendere ad esercitare con maggior vigore la funzione di indirizzo ed i poteri di formazione del governo. Fra i successivi Presidenti del Consiglio, solo Depretis riuscirà a mantenere una pur debole Presidenza per sei anni consecutivi, limitandosi gli altri a periodi continuativi minori ai quattro anni, senza riuscire a consolidare una forma di supremazia fondata sulla fiducia del Re e sul controllo del Parlamento. Quello del Presidente del Consiglio rimane un ruolo fondato fondamentalmente sulla prassi, ma l'instabilità dei governi[17] e l'avversione regia[18] impediscono la formazione di una regola giuridica[19]. La sua posizione è ulteriormente indebolita dal potere di revoca (anche sotto forma di dimissioni) del Presidente del Consiglio e dei singoli Ministri esercitato dal Re. Il conflitto fra gabinetto e Corona sarà particolarmente evidente proprio alla morte di Cavour, quando, attraverso il decreto del 28 marzo 1867, n. 3629, Ricasoli[20] cerca di giuridificare alcune acquisizioni politiche per garantire maggiore stabilità al Governo. Il contenuto di quelle disposizioni, in cui il Presidente viene presentato come superiore gerarchico dei Ministri, determinerà la fine anticipata del governo a causa dei continui scontri[21]. L'assetto delineato dal decreto avrebbe attribuito al Presidente del Consiglio il potere di promuovere l'indirizzo politico del governo, attraverso il riconoscimento di una specifica responsabilità del Presidente del Consiglio, riflessa nell'unità di indirizzo dei Ministeri. Il nodo irrisolto del ruolo del Re nell'ambito della forma di governo statutaria pesa quindi sulla configurazione della funzione di governo, sia per quanto attiene alla sua definizione programmatica, ancora ricondotta al discorso della Corona, sia per quanto attiene alla individuazione dei poteri di cui il sovrano è titolare, sia infine per quanto attiene alla progressiva affermazione del ruolo del Presidente del Consiglio. E ciò è dimostrato proprio dalla revoca, dopo solo un mese dalla sua adozione, del decreto Ricasoli, dove compare per la prima volta la nozione di «indirizzo politico ed amministrativo» e si delinea una figura di Presidente del Consiglio come garante della sua uniformità rispetto alle derive ministerialistiche. Situazione che, in parte, sarà superata con il c. d. decreto Zanardelli del 1901 e l'esperienza di governo giolittiana[22].

---

[15] A. PREDIERI, *Lineamenti della posizione costituzionale del presidente del Consiglio dei Ministri, pt. 1: Evoluzione dell'Istituto; Formazione dell'organo,* Firenze, 1951, 40-43.

[16] In questo senso cfr. S. MERLINI, G. TARLI BARBIERI, *Il Governo parlamentare in Italia*[2]*,* Torino, 2017, 37.

[17] Basti pensare che dal 1861 al 1922 si avvicenderanno tre Re e settantacinque governi, guidati da ventinove Presidenti del Consiglio diversi.

[18] S. MERLINI, G. TARLI BARBIERI, *op. cit.,* 36.

[19] A. PREDIERI, *op. cit*., 42 ed E. ROTELLI, *La Presidenza del Consiglio dei Ministri. Il problema del coordinamento dell'amministrazione centrale in Italia (1848-1948),* Milano, 1972, 35 riconducono la mancata definizione normativa delle attribuzioni del Presidente del Consiglio ad una situazione assimilabile a quella che ha portato all'affermazione della consuetudine inglese, ma in tale sistema non c'erano organi costituzionali che si opponessero alla definizione dei poteri del primo ministro.

[20] Sulla vicenda politica di Ricasoli cfr. recentemente C. SATTO, *Il re regna e non governa. Monarchia costituzionale e sistema parlamentare in Bettino Ricasoli*, in *Ricerche di storia politica*, 3/2018, 283 ss.

[21] Cfr. C. SATTO, *Il re regna e non governa*, cit., 293; E. ROTELLI, *op. cit*., 39 ss.

[22] R. NANIA, *op. cit*.

Nel saggio «Studi giuridici sul governo parlamentare» – intriso di suggestioni provenienti dalla dottrina costituzionale tedesca, seppur sorretto dall'intento di «oltrepassarla»[23] – Orlando si prefigge di mettere in luce la carenza di contenuto giuridico del concetto di governo parlamentare. Del resto, in lavori successivi definirà i rapporti tra esecutivo e legislativo «questioni interessanti, ma di indole politica» che rendono questa materia «delicatissima, e la determinazione di criteri assoluti ed astratti sempre più difficile»[24], lamentando l'impossibilità di inquadrare entro «norme tassative come formule» il principio «di un ordine appartenente alla politica»[25].

Nonostante la premessa metodologica degli *Studi giuridici*, l'autore non intraprende un'analisi sistematica[26], ma inizia subito insorgendo contro quelle «caratteristiche peculiari» del governo parlamentare che intende smontare scientificamente, dimostrando la loro arbitrarietà[27], cioè a dire la mancanza di fondamento giuridico. Del resto il giurista respinge la stessa fondazione della sovranità nella rappresentanza, rinviandola piuttosto alla sua «storia» e da questo suo «esistere apodittico» egli fa risalire il potere d'imperio[28]. Alla fine del saggio si dimostra invece la «realtà» del governo di gabinetto, forma giuridica che concretizza le convinzioni diffuse nella cultura politica del tempo, per cui cui lo Stato liberale avrebbe dovuto collocarsi in una posizione mediana tra i due opposti dell'assolutismo monarchico e della sovranità parlamentare. Il primo estremo è rappresentato dall'intersezione tra tendenze antiparlamentaristiche e certi sviluppi della parlamentarizzazione[29], che portano a interpretare letteralmente l'art. 65 dello Statuto, riconducendo in capo al Re la funzione di governo, pur essendosi affermata una prassi che vede il Parlamento prendere parte alla formazione del governo. L'altro estremo è rappresentato dalle dottrine di ascendenza contrattualistica, che si basano sulla supremazia del legislativo in quanto espressione della sovranità popolare e in cui la maggioranza è posta a fondamento della funzione di governo. Orlando propone invece una soluzione «giuridica», in cui il governo ha un doppio fondamento: monarchico e parlamentare[30]. Per il giurista il governo di gabinetto non si correla alla preminenza costituzionale del Parlamento, ma rappresenta il «punto nel quale progressivamente si incontrano» il peso

[23] V. E. ORLANDO, *op. cit*., 349-51. Mentre alcuni autori (cfr. Brunialti) criticavano la dottrina tedesca per eccesso di astrattezza, Orlando, al contrario, pur riconoscendo alla «scienza germanica», il merito di aver elaborato, con metodo giuridico, la teoria del *Rechtsstaat*, riteneva che essa avrebbe dovuto essere ulteriormente depurata dei suoi elementi «metagiuridici»: era infatti sulla base di essi che studiosi quali Gneist o Bluntschli avevano rifiutato i principi del governo parlamentare.

[24] V. E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, 1912, 226, 232.

[25] V. E. ORLANDO, *Studio intorno alla forma di governo vigente in Italia secondo la Costituzione del 1948* (1951), in *Scritti giuridici varii* (1942-1952), Milano, 1952, 27.

[26] A. G. MANCA, *Il Sonderweg italiano al governo parlamentare*, in *Quaderni fiorentini*, vol. 33, II, Milano, 2005, 1313.

[27] V. E. ORLANDO, *Studi giuridici,* cit., 351.

[28] P. POMBENI, *La questione costituzionale in Italia,* Bologna, 2016, 64.

[29] M. FIORAVANTI, *Su Orlando*, in C. CARUSO, F. CORTESE, S. ROSSI (cur.), *op. cit*., 401, parla di «fondamento teorico anglo-germanico».

[30] M. FIORAVANTI, *Il principio di rigidità della Costituzione*, in ID., *La Costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del XX secolo*, Milano, 2019, 327.

politico delle assemblee rappresentative e la prerogativa regia, allontanando il "pericolo" della direzione del governo da parte dell'assemblea[31].

Il disegno orlandiano sembra configurabile nella situazione in cui i partiti di maggioranza si presentano come formazioni parlamentari[32] ed il Re esercita le funzioni attribuitegli dalla dottrina del governo di gabinetto: la formazione del governo avviene a seguito della «libera discussione» tra sovrano ed esponenti politici di riferimento su coloro che si ritengano i più capaci a governare, coerentemente con l'idea di rappresentanza liberale per cui sono i cittadini «migliori»[33] a poter far valere i propri interessi a livello statale e ad assicurare l'ordine sociale[34]. La teoria della rappresentanza di Orlando, debitrice nei confronti di quella labandiana, si basa sulla statualizzazione della rappresentanza – fondata sull'immedesimazione tra popolo e Stato – e sulla conseguente parificazione del Parlamento agli altri organi costituzionali, tutti sovrani, e quindi rappresentativi, poiché riconosciuti come tali dalla costituzione. Svincolare i rappresentanti dal popolo sovrano inteso come soggetto autonomo comporta l'insussistenza di una speciale legittimazione di essi a creare diritto, condizione che presupporrebbe un indirizzo politico scelto al momento delle elezioni[35]. Il governo di gabinetto fondato sulla fiducia della maggioranza parlamentare non può invece ritenersi un «governo di partito», in cui la componente democratica prevale sulla prerogativa regia. Lo Stato di Orlando è «di diritto» in quanto nega contemporaneamente alla volontà del popolo presunto sovrano e del Re «di essere qualcosa di più, e di diverso, dalla volontà, formalizzata e normativizzata, dello Stato persona inteso come Stato sovrano»[36].

Il nostro ritiene «erronea» la montesquieuiana divisione dei poteri[37] e avversa la ricostruzione che ne deriva, secondo cui: il governo parlamentare vedrebbe il legislativo come potere centrale e sovraordinato; il Parlamento, che esprime la sua volontà in forma di «legge», è organo supremo; il Ministero si costituisce su indicazione della Camera elettiva e sta in vita finché questa gli accorda la fiducia[38]. Partendo dal principio per cui non sarebbe possibile separare recisamente i poteri l'uno dall'altro senza causare un

---

[31]M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della Costituzione*. *Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana (dallo Stato liberale al regime fascista, ed oltre),* in ID., *La scienza del diritto pubblico,* Milano, 2001, II, 664-665.

[32] Al contrario dell'Inghilterra, dove i partiti hanno alle spalle una lunga storia ed in questa fase esprimono un indirizzo politico che è la risultante «di congegni che realizzano la composizione di un tessuto pluralistico ordinato», cfr. P. RIDOLA, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo,* Torino, 2011, 143, nel Parlamento italiano ci sono solo gruppi politici non ben definiti. Esemplificativi per la letteratura dell'epoca: A. SCIALOJA, *Della mancanza dei veri partiti politici in Italia e del come potrebbero sorgere*, in *Nuova Antologia*, 1, 1870, 1, 54 ss.; R. BONGHI*, I partiti politici nel Parlamento italiano*, in *Nuova Antologia*, VII (1868).

[33] Cfr. F. MAZZANTI PEPE, *Profilo istituzionale dello Stato italiano*, Roma, 2004, 35 ss.

[34] Cfr. G. BOGNETTI, *Lo Stato e i gruppi di interesse negli ordinamenti borghesi*, Milano, 1998, 11; C.B. MACPHERSON, *The Political Theory of Possessive Individualism* (1962), Oxford, 2010; P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, 2006, 57 ss.

[35]M. DOGLIANI, *L'idea di rappresentanza nel dibattito giuridico in Italia e nei maggiori paesi europei tra Otto e Novecento*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, I, Milano, 1999, 560-562.

[36]M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione*, cit., 14.

[37] V. E. ORLANDO, *ult. op. cit*., 356-361.

[38] Ivi 370–371.

vulnus all'unità organica dello Stato[39], Orlando afferma invece che non può qualificarsi il legislativo come potere «sovrano», a cui «tutti gli altri si devono inchinare e obbedire»[40]. Dal punto di vista giuridico è ritenuta altresì errata l'affermazione per cui il potere legislativo sia affidato in modo esclusivo al Parlamento[41], dal momento che vi partecipa anche il Re, tenendo comunque sempre presente che attraverso la legge non costituisce uno strumento attraverso il quale si crea diritto nuovo, ma si dà una «forma» al diritto che preesiste nello spirito del popolo[42]. Popolo che per il giurista produce diritto, nel senso savignyiano dell'accrescimento del patrimonio giuridico di una determinata comunità, ma senza produrre politica, nel senso di scelta su un indirizzo politico fondamentale[43]. Il contenuto della legge non nasce da un potere politico, ma deriva dall'evoluzione storica, da diverse pratiche di produzione del diritto mediate dalla scienza giuridica[44], che salvaguarda la sua storicità dalla «pirotecnica legislativa»[45].

Nel clima di generalizzata diffidenza verso la «meccanica concezione della divisione dei poteri posta come base della nozione giuridica del governo parlamentare»[46], Orlando finisce per mettere in dubbio non solo questa teoria, ma anche – basandosi sull'esperienza – uno dei principi cardine del costituzionalismo di matrice

---

[39] Ivi, 361 n. 1 e 362.

[40] Ivi, 366-367. Cfr. anche V. E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, 1889, 114: «La verità è che il potere legislativo, destinato a dichiarare il Diritto, ha implicito nel suo scopo medesimo il suo limite naturale, cioè il Diritto».

[41] V.E. ORLANDO, *Studi giuridici*, cit., 372, convinzione errata basata sul principio per cui «la funzione si denomina dal potere che l'adempie».

[42] Ivi, 375-379. Cfr. G. DI GASPARE, *Orlando, l'enigma del metodo e* Las Meninas *di Velázquez*, in C. CARUSO, F. CORTESE, S. ROSSI (cur.), *op. cit*., 376, per cui già Antonicelli nel 1927, aveva individuato il «disagio metodologico» orlandiano sottolineando che il giurista «dopo aver affermato la statualità del diritto sostiene la distinzione tra diritto e legge nonché la preesistenza di quest'ultimo allo Stato e cerca dei limiti di diritto alla legge».

[43]M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona*, cit., 668.

[44]V. E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del Diritto Pubblico*, in ID., *Diritto Pubblico Generale,* cit., 16. Per quanto attiene alla questione della separazione dei poteri, della forma di governo, e, in particolare dei rapporti esecutivo-legislativo in Italia, cfr. altresì ID., *Teorica della legislazione e del governo. Corso del prof. V.E. Orlando, Anno 1911-1912*, Roma, 1912, spec. 238 ss.; ID., *Il Diritto parlamentare nel diritto costituzionale*, introduzione a F. MOHRHOFF, *Giurisprudenza parlamentare. Dottrina e massimario*, Roma, 1950, 15 ss., nonché G. QUADRI, *La «capacità» a governare in E. Ferri e V.E. Orlando*, in AA.VV., *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, Padova, 1957, vol. II, 375 ss.; F. TESSITORE, *Crisi e trasformazione dello Stato. Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano fra Otto e Novecento*, Milano, 1988, 122 ss.; A. MASSERA, *Orlando, Romano, Mortati e la forma di governo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1996, 211 ss.; A. LUCARELLI, *Modelli liberali alla Costituente nel pensiero di Vittorio Emanuele Orlando: la conciliabilità tra Rechtsstaat e governo parlamentare*, in *Diritto e cultura*, 1997, n. 1-2, 505; L. MELILLO, *Considerazioni sulla rappresentanza politica secondo Vittorio Emanuele Orlando*, in *Diritti fondamentali*, 2 dicembre 2017, spec. 14 ss.

[45] F. VASSALLI, *Estrastatualità del diritto civile* (1951), in *Studi giuridici*, Milano, 1960, vol. III, tomo II, 753.

[46] V. E. ORLANDO, *Studi giuridici*, cit., 389. Cfr. Ivi, 387: «l'idea di più poteri gelosamente distinti e svolgentisi in una sfera di attribuzioni affatto eterogenee, dei quali l'uno fosse il custode e l'organo della legge, della ragione e del diritto e desse vita all'altro, relegandolo in un ordine subordinato, come pareva, ma nel quale conservasse un'analoga ed assoluta libertà d'azione, sono concetti che non solo la valutazione scientifica, ma la ragione storica dimostrano falsi e incompatibili con lo sviluppo naturale del diritto».

rappresentativa, cioè la distinzione tra legge e ordinanza[47], affermando che l'esecutivo «ha una sua propria volontà, che trova una giuridica espressione nel diritto di emanare regolamenti e decreti o, con frase più generale, nel diritto di ordinanza». Del resto già Gneist osservava che il limite fra legge e decreto è per lo più casuale e in nessuno Stato sono regolati con legge gli interventi sulla libertà personale e sulla proprietà[48]. Orlando si occuperà nuovamente della questione qualche anno dopo[49], affermando semplicemente che «un criterio positivo per la determinazione della sfera del diritto di ordinanza non esiste». Ed inoltre «parrebbe che nel concetto dello statuto, il decreto servisse a rendere possibile l'esecuzione delle leggi», secondo una concezione di tipo gerarchico che assegna al decreto valore meramente esecutivo. Poi però aggiunge che «nel fatto, indiscutibilmente, assai più larga è la portata di quello», cioè del diritto di ordinanza e che «a questa materia si connette un diritto eccezionale per causa di necessità pubblica, che può permettere al potere esecutivo di oltrepassare quei limiti, superiormente esposti» e di assumere «qualsiasi grave provvedimento, quando la salute pubblica lo esiga»[50].

Il giurista siciliano non condivide inoltre l'assunto per cui l'essenza del governo parlamentare vada individuata nell'influenza che la maggioranza politica del Parlamento esercita sulla formazione e sulle dimissioni del Governo. Sarebbe pensabile, stando alla lettera dello Statuto, un organo collegiale titolare della funzione di governo e responsabile di fronte al Parlamento, ma senza che da questa relazione si ricavi l'esistenza di un vero e proprio mandato del Parlamento al Governo. D'altra parte, la persistenza di un incisivo potere d'influenza del sovrano, al punto da considerare che il governo debba basarsi su una «doppia fiducia», non rappresenta un residuo assolutistico, ma va concepito come strumento in grado di porre un freno rispetto ad una degenerazione in senso radicale. L'articolo 5 va interpreto nel senso che l'azione del Re debba evitare che il governo si riduca ad un comitato esecutivo della maggioranza

[47]Ivi, 390-391: «un limite assolutamente preciso e rispondente ad una differenza obiettiva fra il decreto e la legge non esiste», su legge e ordinanza: «è quistione di una estensione maggiore o minore, non di una effettiva varietà di funzioni», riprendendo anche qui uno dei principi del positivismo giuridico tedesco. Si noti comunque che la dottrina italiana nel corso dell'Ottocento spesso usò l'espressione ordinanza piuttosto che quella di decreto-legge per indicare l'assunzione di funzioni eccezionali da parte dell'esecutivo, cfr. R. FERRARI ZUMBINI, *Tra idealità ed ideologia. Il Rinnovamento costituzionale nel regno di Sardegna fra la primavera 1847 e l'inverno 1848*, Torino, 2008, 493 ss., che osserva come la denominazione degli atti regi sia soggetta a diversi mutamenti.

[48]Così C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione* (1928)*,* Milano, 1984, 200 che vede invece in Jellinek un esponente di coloro per cui «vanno persi i criteri fondamentali, qualitativi del concetto di legge dello Stato di diritto».

[49] V. E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, 1912, 215 ss., nel capitolo intitolato proprio *Il diritto di ordinanza*.

[50]Ivi, 219: «Quando un simile caso si presenti e il potere legislativo non possa essere interrogato, non solo perché eventualmente disciolto, ma anche perché la rapidità dell'azione non permette gl'indugi propri di un'assemblea deliberante, il potere esecutivo non solo potrà, ma dovrà assumere la responsabilità di questa azione». Cfr. S. CASSESE, *La decretazione d'urgenza: le colpe dello Stato liberale*, in V. CASAMASSIMA, A. FRANGIONI (cur.), *Parlamento e Storia d'Italia II. Procedure e politiche*, Pisa, 2016, 211, per cui Orlando sul punto «prende una posizione ben poco dogmatica, e addirittura incerta. Prima limita il potere esecutivo al compito di eseguire le leggi; però poi afferma che esso può andare anche al di là dell'esecuzione delle leggi; infine, sostiene che comunque il potere esecutivo ha un 'diritto di ordinanza', per provvedere quando c'è necessità e urgenza, sostituendosi al potere legislativo».

politica e quindi in organo dello Stato, in potere esecutivo. L'intervento del Re evita che la maggioranza, ritenuta dai "radicali" espressione del popolo sovrano, si senta legittimata a porsi al vertice dell'ordinamento statutario. Il nostro ritiene la sua soluzione «giuridica» in quanto negherebbe spazio ad ogni principio politico, compreso il principio di maggioranza (alla base del principio di sovranità popolare), che è invece «politico». Ma per Orlando il Re non ha solo la funzione di impedire che il governo parlamentare degeneri in un governo assembleare «giacobino», ma è anzi componente fondamentale del governo, dal momento che i Ministri e l'organo-governo non si insediano «grazie ad una mera presa d'atto di stampo notarile della volontà politica dell'assemblea», ma, ricorrendo ad «un linguaggio successivo, ed estraneo a Orlando, il monarca ha in questa costruzione di necessità una quota essenziale della funzione e del potere di indirizzo politico»[51].

3. *Gli «Studi giuridici sul governo parlamentare» come sintesi e punto di ripartenza*

Giunto al termine della sua analisi Orlando si mostra convinto della opportunità di accantonare qualsiasi ulteriore riflessione sull'inconsistente espressione di governo parlamentare, per concentrarsi invece sul governo di gabinetto, modello estraneo alla «politica» ed il cui organo centrale è il Consiglio dei Ministri, in virtù del suo ruolo di mediazione tra Re e Parlamento. Il gabinetto, la cui presenza non intacca la prerogativa regia[52], non è in ogni modo «il comitato esecutivo della Camera dei Comuni»[53], come accadeva stando alla lettura che allora veniva data di Bagehot[54]. La legittimazione del gabinetto non si fonda su un indirizzo politico espresso dalla maggioranza, non risultando da alcuna vittoria di una parte sull'altra, ma solo ed unicamente dall'accordo tra la massima autorità dello Stato e i cittadini «migliori»[55]. Dopo aver dimostrato che non può esistere alcuna superiorità del potere legislativo[56], Orlando smonta il presunto dogma dell'onnipotenza parlamentare, per cui nell'assemblea rappresentativa sarebbe

[51]M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona*, cit., 666.

[52] V. E. ORLANDO, *Studi giuridici*, cit., 409.

[53] Ivi, 406.

[54] Cfr. W. BAGEHOT, *The English Constitution* (1867), Cambridge, 2001, 11 ss. La funzione di indirizzo, nonché quella di controllo, vengono esercitate dalla *House of Commons* nei confronti del *Cabinet*, in relazione alla capacità di imporsi del partito di maggioranza. Le possibili tensioni tra *House of Commons* e *Cabinet* si stemperano nel dialogo maggioranza-opposizione. Nel caso in cui non si riesca a legiferare, l'assemblea viene sciolta, determinando così una situazione in cui il *Cabinet* «is a creature, but it has the power of destroying its creators», giungendo alla quasi completa fusione tra legislativo ed esecutivo. Per R. NANIA, *op. cit.*, Orlando incorre in uno «sconcertante fraintendimento», in quanto Bagehot rappresenta un «quadro di cooperazione istituzionale […] le cui prestazioni di efficienza erano affidate, appunto, alla perfetta convergenza finalistica dei ruoli rispettivamente assegnati alla funzione governativa ed a quella legislativa».

[55]M. FIORAVANTI, *ult. op. cit*., 668.

[56] Anticipando la tesi di fondo di V. E. ORLANDO, *Il fondamento giuridico della rappresentanza politica* (1896), in ID., *Diritto pubblico generale*, cit., 417 ss., l'A. qui respinge l'idea della rappresentanza come delegazione di poteri, in quanto si tratterebbe, conformemente alla concezione classica del liberalismo, di una mera «designazione dei capaci al governo».

riposto «il potere assoluto dello Stato», affermando che è più una «illusione» che una realtà[57], in quanto la funzione legislativa è tutt'altro che «illimitata»[58]. Dalla dottrina della designazione di capacità consegue l'estromissione dal diritto costituzionale di quelle problematiche che successivamente saranno studiate nella prospettiva dell'indirizzo politico.

Uno degli obiettivi degli «Studi giuridici» è quello di mettere in evidenza la «limitatezza di fatto della funzione legislativa»[59], allo stesso tempo rivelando «la natura ideologica […] del mito della onnipotenza parlamentare»[60], ma l'autore va ben oltre, arrivando a relegare l'assemblea rappresentativa al rango di organo accessorio, da un punto di vista funzionale[61]. La via attraverso cui Orlando vorrebbe dimostrare l'infondatezza del suddetto «mito» da un punto di vista sia storico che giuridico, passa per un ragionamento volutamente interno, diretto alla costruzione di un sistema teorico di diritto pubblico che dichiara di volersi tener distante dalla politica. Del resto la stessa giuridicità dello Stato-persona si ritrova nella sua soggettività, che rinviene il proprio limite nel nesso organicistico con la società, restando comunque immune dall'arbitrarietà e dall'illimitatezza del politico.

È stato evidenziato dalla dottrina[62] che, contrariamente alle sue premesse, il giurista non svolge un'analisi concreta ed aderente ai fatti riguardo alla configurazione dei rapporti tra esecutivo e legislativo, poiché viene svalutato l'elemento politico proprio dell'istituzione parlamentare e non si tiene adeguatamente conto l'evoluzione della realtà partitica[63]. Considerazioni giuste, dal punto di vista dell'analisi storica, ma da collocare proprio nel contesto in cui pensa e scrive Orlando: il suo è un atteggiamento tipicamente liberal-borghese, che vede nell'elemento propriamente politico e quindi conflittuale, nonché nella carica pluralistica e potenzialmente disgregatrice dei partiti[64], una minaccia per il giovane Stato unitario e per l'ordine faticosamente, seppur solo teoricamente, ricostruito. La contestazione del fondamento

[57] V. E. ORLANDO, *Studi giuridici*, cit., 379.

[58] Ivi, 367.

[59] M. FIORAVANTI, *Popolo e Stato negli scritti giovanili di Vittorio Emanuele Orlando (1881– 1897)*, in *La scienza del diritto pubblico*, I, cit., 109.

[60] Ivi, 111.

[61] A. G. MANCA, *ult. op. cit*., 1318.

[62] M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona,* cit.*,* 674; A. G. MANCA, *op. cit*., 1319.

[63] Per Orlando i partiti, in quanto mere «forze sociali», sono giuridicamente irrilevanti e non avrebbero neanche alcun ruolo nella dialettica democratica. Non si interessa alle loro dinamiche competitive e di alternanza, anzi, in base all'ideologia organicista, egli auspica il superamento di ogni contrasto in nome dell'«unità del pensiero nazionale». Dedicherà ai partiti il suo ultimo scritto: V. E. ORLANDO, *Sui partiti politici: saggio di una sistemazione scientifica e metodica*, in *Scritti di sociologia e politica in onore di Luigi Sturzo*, Bologna, 1953, II, 603-621. Sulla posizione del giurista siciliano sui partiti nella fase liberale cfr. M. GREGORIO, *Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, 2013, 42 ss.

[64]Si consideri che il primo deputato socialista, Andrea Costa, viene eletto nel 1882, a seguito di una riforma elettorale che, a giudizio dei più – secondo cui il "male" era nello stesso sistema parlamentare – non avrebbe comunque portato al risanamento della vita politica. Cfr. R. BONGHI, *Una questione grossa: la decadenza del regime parlamentare*, cit.; G. MOSCA, *Teorica dei governi e governo parlamentare* (1884), Milano 1968, che giudica la riforma ininfluente, se non peggiorativa, dei difetti del parlamentarismo.

giuridico del governo parlamentare[65] e della teoria dell'onnipotenza parlamentare non giunge però mai agli estremismi tipici di alcuni autori protagonisti della c.d. «polemica anti-parlamentare», sforzandosi di rimanere entro l'ambito della specialità tecnica[66], delimitato dai «criterii che all'ordine giuridico son propri»[67].

Il governo di gabinetto che il nostro ha in mente dovrebbe scaturire da una sintesi perseguita da Parlamento e governo monarchico, senza tuttavia giungere a un equilibrio in cui il governo sia espressione di una maggioranza parlamentare connotata politicamente. Sebbene sia ravvisabile una tensione verso la ricerca di un punto d'«incontro di governo e rappresentanza popolare»[68], nel governo di gabinetto il Parlamento rimane un organo in cui non si può configurare una maggioranza in grado di esprimere la volontà politica propria di un partito[69] o di una coalizione. Emerge un sistema politico-costituzionale che si può assimilare alla *konstitutionelle Monarchie*, non potendosi sovrapporre al governo di gabinetto anglosassone, né al governo parlamentare propriamente inteso[70]. La strada tracciata da Orlando, seguita dalla maggior parte dei nostri giuristi, che si faranno difensori dello Stato di diritto e della monarchia costituzionale rispetto ai poli opposti rappresentati dal principio monarchico e dal principio democratico, nel corso dell'età giolittiana porterà quegli stessi a schierarsi dalla parte di un moderato sviluppo delle libertà politiche e delle istituzioni parlamentari, nell'ottica di una convinta adesione al governo di gabinetto e contro le ipotesi di un «ritorno allo Statuto»[71], rimanendo entro i confini dello Stato di diritto, che, a seguito della lezione del giurista siciliano, diventa qualcosa di ulteriore rispetto al «punto medio» caratterizzante la monarchia costituzionale. Nelle teorizzazioni antecedenti tale «punto medio» veniva stabilito dalla costituzione[72], mentre a partire da Orlando si basa sull'idea della sovranità dello Stato-persona, «Stato in sé, al di là e prima della costituzione»[73].

---

[65] Cfr. V. E. ORLANDO, *Del Fondamento giuridico della rappresentanza politica* (1895), in ID., *Diritto pubblico generale, Scritti vari (1881-1940), coordinati in sistema*, cit., 417 ss.

[66] Pur lamentando una vera e propria «usurpazione del potere esecutivo per parte della Camera elettiva», cfr. V. E. ORLANDO, *La decadenza del sistema parlamentare*, cit., 589 ss.

[67] V.E. ORLANDO, *Studi giuridici*, cit., 351: «la più parte degli errori in cui la odierna critica del governo parlamentare incorre, consiste appunto nella confusione dei criterii che all'ordine giuridico son propri».

[68] M. FIORAVANTI, *ult. op. cit*., 666.

[69] Cfr. R. BONGHI*, I partiti politici nel parlamento italiano*, cit., 7 per cui «i partiti politici sono quindi essenzialmente partiti che dividono la classe che governa, come osserva bene il Gneist» e hanno una loro identità solo in Parlamento, rimanendo quindi allo stadio di "partiti parlamentari". Cfr. M. GREGORIO, *op. cit*., 15 ss.

[70] Cfr. A. G. MANCA, *op. cit*., 1319. Per M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione*, cit., 19 pur rinvenendosi nell'ordinamento italiano come in quello tedesco la medesima idea- guida dello Stato-persona come Stato-sovrano, «mentre nel caso tedesco lo Stato sovrano minacciava continuamente di identificarsi con il complesso istituzionale monarchia-burocrazia-esercito, in una zona posta al di là della capacità di influenza delle forze parlamentari, nel caso italiano, sulla scia del patrimonio statutario e della relativa monarchia costituzionale, quel medesimo Stato è sovrano soprattutto perché è neutrale ed equidistante nei confronti del principio democratico e del principio monarchico».

[71]Cfr. *infra*.

[72]M. FIORAVANTI, *ult. op.cit.* 15. L'A. fa l'esempio della Monarchia di Luglio, fondata sul patto che obbligava reciprocamente la monarchia e la nazione con la propria rappresentanza politica.

[73]Ivi.

Tuttavia, in una relazione tenuta a Parigi nel luglio 1900 al Primo Congresso internazionale di Diritto comparato[74], Orlando, anche contrariamente a quanto affermato in altri scritti, sostiene che l'allontanamento dal regime parlamentare, pur incontrando il favore di chi preferirebbe vedere la bilancia dei poteri pendere verso il Re, non rappresenterebbe la strada giusta da percorrere[75], in quanto «le istituzioni politiche devono essere applicate con grande sincerità» e quindi devono operare «nel modo conforme ed inerente alla loro natura». Bisognerebbe quindi riconoscere alla Camera un potere di determinazione autonomo, che consenta di incidere sull'esistenza e sulle linee di condotta dei governi. Ciò però è reso difficile dalla mancanza di autorevolezza della classe politica e da fenomeni di corruzione che nei fatti generano una subordinazione della rappresentanza all'esecutivo. Orlando ritiene che il pericolo maggiore per le istituzioni sia rappresentato dalla radicalizzazione e dal malcontento generale, di cui è espressione il successo del partito socialista. Per evitare il rischio dell'attacco allo Stato propone, contrariamente alle politiche della Destra, di avvicinare il partito socialista alle istituzioni, in modo da ricondurre le masse ad una giusta concezione del regime parlamentare[76]. Su questo punto il giurista palermitano era in accordo con Sonnino, figura emblematica del riformismo borghese[77], che assume nei confronti della crisi del parlamentarismo due posizioni differenti nel tempo. In una prima fase si concentra sull'analisi dei problemi concernenti la rappresentanza, il rapporto Parlamento-Governo e il processo elettorale, sostenendo a questo riguardo l'adozione di una legge elettorale proporzionale e prospettando il suffragio universale come soluzione per rendere effettiva la rappresentanza. Attacca le pratiche trasformistiche, la dipendenza del Governo da maggioranze assemblate per l'occasione e teme che i movimenti operai e socialisti si rafforzino. «Il fenomeno più caratteristico del parlamentarismo, come forma speciale del governo rappresentativo, è la debolezza del potere esecutivo». Il rimedio starebbe quindi nel rafforzare la Corona (e con essa l'esecutivo), che non deve essere un «Mikado» o «un'immagine di San Gennaro», bensì agire attivamente come «freno al parlamentarismo»[78]. Pur affermando già nel 1880 la centralità e l'essenzialità rappresentativa della Corona[79], nel 1897, quando la crisi si farà più grave, Sonnino

---

[74] V. E. ORLANDO, *Le Régime parlamentaire en Italie*, in *Congrés International de Droit Comparé Tenu à Paris du 31 juilliet au 4 août 1900. Procès-Verbaux des Séances et Documents*, II, Paris, 1907, 356 ss.

[75] M. BRUTTI, *Politica, scienza del diritto, comparazione: un testo di Vittorio Emanuele Orlando*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 10/2019, spec. 222 ss. Le citazioni di Orlando in traduzione italiana sono tratte da questo lavoro.

[76] Questa relazione, che per certi versi sembra preannunciare la linea politica giolittiana di "pacificazione" e contrasta con alcune posizioni assunte dall'A. pochi anni prima, potrebbe leggersi alla luce del fatto che solo due giorni prima dell'inizio del Convegno il Re era stato assassinato. Del resto, nella Prolusione romana del 1910 (v. *infra*, nota 87), il giurista siciliano utilizzerà toni ben poco concilianti nei confronti dei nuovi bisogni provenienti dalle masse.

[77] Cfr. P. RIDOLA, *Sonnino e la crisi delle istituzioni parlamentari in Italia*, in *Critica storica*, 2/1974, 266 ss.

[78] S. SONNINO, *Il parlamentarismo e la monarchia* (1880), in *Scritti e discorsi extraparlamentari 1870-1902,* I, Bari, 1972, 347 ss.

[79] Ivi, 358. La centralità del monarca sarebbe stata necessaria per obbligare la classe dirigente «a uscire dal bizantinismo delle attuali lotte parlamentari e ad occuparsi seriamente di quella legislazione sociale, da cui sola può sperarsi una reazione dall'atonia che invade la nazione»: l'A. conclude la sua invocazione

rivisiterà la sua posizione, indicando nel Re l'unico rappresentante possibile dell'interesse generale, in ragione della situazione di emergenza dettata dal pericolo per la stabilità delle istituzioni e l'ordine[80]. Il fragile assetto istituzionale statutario si confronta infatti non solo con le problematiche espresse dall'opposizione parlamentare, bensì con quelle rappresentate da un'opposizione più pericolosa, cui le istituzioni non danno voce. Il «Torniamo allo Statuto» è diretto alla valorizzazione della centralità dell'esecutivo ed in particolare della prerogativa regia, che esprimerebbe l'interesse generale della nazione in un sistema di monarchia costituzionale pura[81], in opposizione alla Camera che invece rappresenterebbe interessi particolari.

In ultima analisi, il governo di gabinetto italiano appare alla ricerca incessante di una situazione di equilibrio tra monarchia e Parlamento e può essere considerato il risultato di un'evoluzione che deriva dallo stesso Statuto, evoluzione che in seguito porterà ad una torsione ed infine ad una rottura insanabile con lo Statuto. Rottura che parte dei giuspubblicisti dell'epoca negano, sostenendo che con il fascismo si verificano numerose trasformazioni di fatto, in particolare quanto alla potestà normativa dell'esecutivo, conformemente ad un fenomeno di crescente affermazione dei poteri del governo riscontrabile in tutta Europa[82], ma che, ad avviso di Orlando, non si risolvono in una sistemazione dei poteri di carattere propriamente giuridico-costituzionale. Le trasformazioni novecentesche, per una parte considerevole dei giuristi italiani, compresi alcuni allievi di Orlando, non rappresenterebbero quindi altro che «semplici alterazioni del modello»[83], mentre il giurista siciliano, originariamente persuaso dalle soluzioni prospettate dal fascismo, assumerà successivamente posizioni antitotalitarie[84].

---

con un invito che è anche un richiamo a quell'interesse generale che la Camera per sua natura non può rappresentare: «Il Re si senta e si mostri anche il Re dei poveri, il Re degli esclusi».

[80] S. SONNINO, *Torniamo allo Statuto* (1897), in *Scritti e discorsi parlamentari*, cit., 591 ss.: «Due grandi forze sociali e politiche stanno crescendo ed organizzandosi in Italia, e tutte e due con tendenze ed aspirazioni rivoluzionarie di fronte alla Monarchia rappresentativa e liberale [...] Per contrapporsi al socialismo di piazza ed al clericalismo oscurantista il Principato nostro, che s'immedesima col concetto della patria nazionale ed impersona insieme il principio della libertà individuale, garantita invece che soffocata dall'azione dello Stato, ci porge una idealità atta a servire di punto di raccolta, di nucleo attorno a cui stringerci». Cfr. P. RIDOLA, *op. cit*., spec. 300 ss.; M. BRUTTI, *op. cit.* 216-217; R. NIERI, *Costituzione e problemi sociali. Il pensiero politico di Sidney Sonnino,* Pisa, 2000, 62 ss.

[81] L'Italia statutaria non aveva però mai sperimentato la monarchia costituzionale pura. Cfr. la critica di G. ARANGIO RUIZ, *Governo parlamentare o governo costituzionale?* (1899), citato in F. MAZZANTI PEPE, *op. cit.,* 309: «Torna in un luogo chi vi è stato; torna ad un uso chi l'ha un tempo seguito; noi, riguardo alla forma di governo, nello Statuto non siamo stati mai, le norme che esso prescrive pel potere esecutivo non abbiamo mai seguite».

[82] Cfr. C. MORTATI, *L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (1931), Milano, 2000, per cui l'insorgere di un «nuovo diritto pubblico» è testimoniato dalle trasformazioni registrate a livello europeo, da intendersi come ulteriori fasi dell'evoluzione dello Stato moderno. V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico* (1939), ora in *Prima e dopo la Costituzione,* Napoli, 2015, 5 ss., si occupa di indirizzo politico anche sulla base del fatto per cui, nella fase in cui scrive, sia negli ordinamenti parlamentari, ad esempio in Francia, sia «negli Stati autoritari o totalitari» si ha una «netta e sensibile riaffermazione e prevalenza delle attività e degli organi di governo rispetto a ogni altro organo o funzione dello Stato».

[83] M. FIORAVANTI, *Mortati a Weimar*, saggio introduttivo a C. MORTATI, *La Costituzione di Weimar* (1946), Milano, 2019, IX-X, nt. 4.

[84] Sul punto v. V. TEOTONICO, *Contributo*, cit., 70 ss., 246 ss., 332 ss. Cfr. V. E. ORLANDO, *Nota dell'autore del 1925 all'autore del 1885* (1925), in ID., *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940)*, cit., 23 ss.; ID., *Contro il fascismo ovvero esame di una crisi di coscienza* (tornata del 22 novembre

4. *Quale eredità?*

Il saggio orlandiano su cui ci siamo concentrati si caratterizza, così come l'intera opera del giurista, per lo sforzo di rispondere a un «postulato di coerenza specifica», che consiste nel giustificare l'esistenza dello Stato liberale di diritto e a permetterne il funzionamento[85]. Le teorie avanzate da suoi allievi, pur nascendo dalla medesima radice, prenderanno direzioni diverse. Si pensi a Romano, che cercherà di rispondere alle sfide poste dalla nuova realtà fattuale attraverso l'istituzionalismo, nonché adattando lo strumentario dello Stato di diritto, da intendersi come Stato amministrativo, nel cui ambito verrà portato avanti il concetto di impersonalità del potere[86]; più innovativa sarà l'opzione proposta da Mortati, che esprimerà la necessità di un ampliamento dell'oggetto della scienza del diritto pubblico. Nella definizione dei caratteri propri del regime parlamentare Mortati rileverà che la sua natura sia costituita – in accordo con la ricostruzione orlandiana e con l'idea di un equilibrio dei poteri[87] – dalla presenza di una duplicità della direzione politica, che lascia irrisolta la questione della sovranità, con un polo occupato dal Re e l'altro dal Parlamento. Il giurista calabrese però, influenzato dalla dottrina tedesca (Redslob, Schmitt, Smend), presuppone che la forma dualistica non possa che avere carattere transitorio e da questo assunto deriveranno significative innovazioni nella scienza del diritto pubblico, che porteranno alla configurazione della funzione di governo come «quarta funzione»[88].

L'impostazione orlandiana mostra chiaramente dei limiti[89], ma bisogna sempre tener presente, come evidenziato dalla dottrina[90], la collocazione del giurista nel c.d. «mondo di ieri». L'opera del giurista rappresenta primariamente il portato di una fase di transizione: Orlando non intende abbandonare la concezione garantista del diritto come rapporto, ma, al contempo, non riesce a trovare limitazioni giuridiche opponibili al

---

1924), in ID., *Discorsi parlamentari di Vittorio Emanuele Orlando. Pubblicati per deliberazione della Camera dei deputati*, Roma, vol. IV, 1565 ss.; ID., *Sulla riforma elettorale* (tornata del 16 gennaio 1925), ivi, 1576 ss.; 23 ss. *Niente è più intollerabile della contrapposizione tra Patria e libertà* (Palermo, Teatro Massimo, 30 luglio 1925), in ID., *Salvare l'Italia. Discorsi extraparlamentari*, Ravenna, 2012, 153 ss.; ID., *Dimissioni del deputato V.E. Orlando* (tornata del 18 novembre 1925), in ID., *Discorsi parlamentari di Vittorio Emanuele Orlando,* cit., vol. IV, 1585.

[85] C. CARUSO, F. CORTESE, *op. cit*., 11 e riferimenti ivi citati.

[86] M. FIORAVANTI, *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*, in ID. *La scienza del diritto pubblico,* cit., 405 ss.

[87] V. E. ORLANDO, *Studi giuridici*, cit., 408-410.

[88] Mortati definirà quella di governo come quarta e preminente funzione dello Stato, in parte riprendendo le teorie del suo maestro Panunzio che con «quarta funzione» si riferiva alla funzione corporativa.

[89]Cfr. la Prolusione V. E. ORLANDO, *Lo Stato e la realtà*, (1910), rist. *Sul concetto di Stato*, in ID., *Diritto pubblico generale*, cit., 220, in cui, di fronte all'avanzare di istanze pluralistiche afferma: «in nessuna epoca, come nella presente, lo Stato ha avuto nei suoi cittadini altrettanti creditori e così molesti, così arroganti, così inesorabili: ogni giorno è una cambiale che scade e che si protesta con violenza, non scompagnata da villania» e osserva «individui e collettività [che] premono, stringono, urgono: chiedono con minaccia, accettano con dispregio».

[90]M. FIORAVANTI, *Su Orlando*, cit., 402-3.

diritto positivo dello Stato[91]. Lo Stato di diritto liberale si sgretola progressivamente, e, già a partire dall'esperienza weimariana, si avvierà in Europa una grande «Trasformazione Costituzionale che conduce alle odierne Costituzioni democratiche», passando anche attraverso una torsione autoritaria negli anni Trenta. La tradizione orlandiana si pone certo in contrasto con gran parte dei principi cardine delle Costituzioni del secondo dopoguerra, ma del resto non si poteva certo pretendere che il Maestro palermitano giungesse a «vedere in lontananza l'approdo della Costituzione democratica»[92], come successo ad altri giuristi più giovani, quali Mortati, Crisafulli e Lavagna, le cui elaborazioni sviluppate fra anni Trenta e Quaranta costituiranno la base di partenza per il dibattito sull'indirizzo politico in epoca repubblicana[93]. Del resto, già durante la fase costituente appare chiaro che gli elementi di continuità col periodo liberale debbano essere ridimensionati[94]. Ad esempio Mortati individuerà, a ridosso della fase costituente, il senso del lavoro da svolgere guardando sì al percorso di unificazione e di progressivo ampliamento della sfera delle libertà iniziato nel primo dopoguerra, ma con la consapevolezza che le coordinate teoriche del costituzionalismo liberale avevano ostacolato il radicarsi nel popolo di una vera cultura di partecipazione politica, perpetuando invece lo stato di debolezza delle istituzioni e della classe politica post-unitaria, configurando uno Stato separato dalle masse, caratterizzato da un accentramento burocratico «ottuso e rapace» e da un «angusto parlamentarismo»[95]. Ciò è dimostrato anche dal fatto che Orlando, alle soglie della Costituente, rimarrà estraneo alla «linea che risulterà vincente nella progettazione della nuova Costituzione repubblicana», nell'impossibilità di «riprendere il discorso» dal punto in cui il fascismo lo aveva interrotto[96].

[91] G. DI GASPARE, *Orlando, l'enigma del metodo e* Las Meninas *di Velázquez*, cit., 376.

[92] M. FIORAVANTI, *ult. op. cit*., 401-402.

[93] Sulla distinzione tra teoria esistenziale e teoria normativa dell'indirizzo politico: T. MARTINES, *Indirizzo politico,* in *Enciclopedia del diritto,* XXI, Milano, 1971*,* spec. 145 ss.; M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, 1985, 45 ss., che individua altresì delle "sotto-categorie" nelle rispettive teorie. Sull'adattamento della teoria mortatiana della Costituzione materiale (1940) all'epoca repubblicana cfr. P. RIDOLA, *Democrazia rappresentativa*, cit., 49 ss.

[94] Cfr. quanto affermato in Assemblea costituente, sed. pom. dell'11 marzo 1947 da P. TOGLIATTI, *Discorsi parlamentari*, Roma, 1984, vol. I, 64: «negli ultimi venti o trenta anni la scienza giuridica si è staccata dai principî della nostra vecchia Scuola costituzionale… e questo spiega perché, quando abbiamo dovuto scrivere una Costituzione democratica e abbiamo chiesto l'ausilio dei giuristi, essi non sono stati in grado di darci un aiuto efficace. Per darcelo, occorreva ch'essi cancellassero o dimenticassero qualche cosa; bisognava che ritornassero a qualche cosa che avevano dimenticato, e non erano sempre in grado di farlo». Citato in M. BENVENUTI, *Qual è la funzione del diritto pubblico?* in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 10/2019*,* 255.

[95] G. REPETTO, *Appunti per uno studio sui rapporti tra garanzie costituzionali e indirizzo politico nell'esperienza repubblicana*, in *Diritto Pubblico*, 3/2018, 725, in riferimento a C. MORTATI, *La Costituente. La teoria. La storia. Il problema italiano*, Roma, 1945, VII.

[96] M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della Costituzione*, cit., 677.

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

ARRESTI E PROSPETTIVE DELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE SULLA LEGITTIMITÀ DEI SISTEMI ELETTORALI PROPORZIONALI*

MARCO DI GERONIMO**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La distorsione: inevitabile, utile, ricercata. – 3. La governabilità: un interesse, non un principio. – 4. L'insufficienza del *test* di (manifesta) ragionevolezza. – 5. Le esigenze da bilanciare.

1. *Premessa*

Qualunque sistema elettorale comporta distorsioni tra voti e seggi. La proporzione è destinata ad alterarsi in forza delle inevitabili approssimazioni nel processo di conversione dei suffragi in mandati.

Questa fisiologica asimmetria si produce diversamente a seconda della formula in uso, e dei correttivi che su di essa si innestano. È noto che il legislatore, a volta, anziché perseguirne una riduzione, opti consapevolmente per sistemi elettorali che la amplificano, con l'obiettivo di valorizzare questo o quell'obiettivo sistemico-politico a vantaggio della governabilità. Si tratta di un comportamento legittimo: soccorre la giurisprudenza della stessa Corte costituzionale[1].

Ciò che non è legittimo è progettare sistemi che non resistono allo scrutinio di proporzionalità, come impostato dalla giurisprudenza costituzionale. La distorsione non può «*assume*[*re*] *una misura tale da comprometterne la compatibilità con il principio di eguaglianza del voto*» e in particolare, nei sistemi proporzionali, non può arrivare a «*rovescia*[*re*] *la ratio della formula elettorale*»[2].

---

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

** Dottore in Giurisprudenza, Università di Pisa.

[1] Corte costituzionale, sentenza n. 1 del 13 gennaio 2014, §3.1 del *Considerato in diritto*: «[*Le disposizioni inerenti il premio di maggioranza*] *sono dirette ad agevolare la formazione di una adeguata maggioranza parlamentare, allo scopo di garantire la stabilità del governo del Paese e di rendere più rapido il processo decisionale, ciò che costituisce senz'altro un obiettivo costituzionalmente legittimo*».

[2] *Ibidem*.

La distorsione deve essere e mantenersi «ragionevole».

Ma come si può distinguere una distorsione ragionevole da una irragionevole? Quali sono gli strumenti giuridici che possono facilitare un simile controllo? Sotto diversa prospettiva: quale è la gamma di scelte tecnicamente possibili e, tra queste, quali sono quelle che evidenziano un bilanciamento più fragile tra governabilità e rappresentatività?

Questo contributo tenta una panoramica ragionata degli istituti e dei meccanismi che alimentano la distorsione del voto nei sistemi proporzionali: solo avendo chiara la natura di questi congegni è possibile indagare i loro margini di compatibilità con il principio di rappresentatività.

2. *La distorsione: inevitabile, utile, ricercata*

Non è necessario un «correttivo» esplicito per produrre distorsioni in un sistema proporzionale. La necessità di ridurre i voti in seggi provoca la nascita di «resti», voti tralasciati dal calcolo che non si traducono in seggi e restano sprecati.

A poco vale adottare formule elettorali che, in senso tecnico, resti non ne producono (in particolare, si pensi alle formule dei divisori). Anche quelle formule non assicurano una proporzione perfetta e creano approssimazioni, in ultima istanza dei "resti occulti". Anzi, come è noto, le formule dei divisori creano sproporzioni anche più pronunciate rispetto alle formule dei quozienti.

Come è vero che qualunque sistema comporta una distorsione, è vero anche che «*qualunque sistema elettorale (anche il più proporzionale che si possa immaginare) subordina* (…) *l'accesso alla rappresentanza parlamentare al raggiungimento di un minimo di consenso elettorale e contiene perciò sempre una clausola di sbarramento, per quanto esigua, implicita ed occulta possa essere*»[3].

Questa soglia consiste nel numero di voti necessario a conseguire un seggio. In assenza di una clausola esplicita, scenderà all'aumentare dei seggi in palio. Anche se all'aumentare dei seggi corrispondesse un aumento degli elettori (e quindi dei voti), la soglia scenderebbe comunque in termini relativi (cioè in percentuale). Con la discesa della soglia, scenderanno anche i resti e da ultimo migliorerà la proporzione tra le liste in sede di ripartizione dei seggi.

Poiché il totale dei parlamentari è tendenzialmente rigido[4], il legislatore può intervenire sulla soglia implicita di sbarramento, e a cascata sugli effetti distorsivi del sistema, attraverso due diverse leve: la formula elettorale e la base d'elezione.

---

[3] M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia*, Roma, 1991, citato in G. LODATO, S. PAJNO, G. SCACCIA, *Quanto può essere distorsivo il premio di maggioranza? Considerazioni costituzionalistico-matematiche a partire dalla sent. n. 1 del 2014*, in *Federalismi.it*, 9/2014.

[4] Non tutti i Paesi fissano il numero complessivo dei parlamentari in Costituzione. L'Italia (artt. 56-57 Cost.) è uno dei pochi a farlo. Gli altri principali Paesi dell'Europa occidentale indicano, all'interno della propria Carta fondamentale, dei parametri che vincolano il legislatore nel fissare il numero dei parlamentari. Per esempio, li indica la Costituzione francese (art. 24 Cost. francese) e la Costituzione spagnola (artt. 68-69 Cost. spagnola). Invece non provvede in tal senso la Legge fondamentale della Germania, che non cita, al §38, «*gli altri particolari*» (tra il cui il numero di deputati) che dovrà fissare la

Oltre a quanto detto, si è sostenuto che: «*la relativa impurità o, viceversa, purezza dei sistemi proporzionali è stabilita assai meno dalle formule matematiche di conversione dei voti in seggi che non dalla grandezza delle circoscrizioni*»[5].

In altri termini, il grado distorsivo dei sistemi proporzionali dipende non tanto dalle diverse formule opzionabili, bensì, soprattutto, dalla soglia implicita di sbarramento.

Questa considerazione è valida con riguardo a un proporzionale puro. Ben diverse sono le osservazioni da svolgere quando la formula è arricchita con una serie di correttivi che alterano le proporzioni tra i voti. Tra questi si rinvengono le clausole esplicite di sbarramento, i premi di maggioranza, le coalizioni elettorali e il c.d. «voto fuso».

Tra gli studiosi della scienza politica c'è chi è giunto, nell'analizzare le distorsioni possibili nei sistemi proporzionali, a questa conclusione: «*tanto maggiore l'impurità della proporzionale* (…) *tanto più sensibile l'effetto riduttivo*»[6]. Con questa espressione si intendeva la capacità di ridurre il numero dei partiti «*rilevanti*»[7] del sistema politico.

L'intuizione spiega la tendenza del legislatore a combinare sistemi proporzionali a correttivi simili, più o meno penetranti. Tuttavia, la sua validità dipende da un'altra variabile: la «*strutturazione*» del sistema dei partiti[8]. Dunque l'effetto riduttivo di un proporzionale corretto dipende dal quadro politico che è chiamato a semplificare.

In altri termini: un proporzionale impuro (così come un maggioritario) riesce nel compito di semplificare il sistema dei partiti se non deve confrontarsi con numerosi e potenti *leader* politici, locali o nazionali, che mantengono sempre fluido e incontrollabile il bacino di voti.

---

legge elettorale – e infatti cfr. §1, Bundeswahlgesetz (BWahlG). In ogni caso il numero dei parlamentari è generalmente stabile nel tempo in tutti i Paesi citati: 577 deputati in Francia, 350 in Spagna, circa 600 in Germania (salvo di recente, a seguito delle sentenze del Tribunale costituzionale federale).

[5] G. SARTORI, *Le «leggi» sull'influenza dei sistemi elettorali*, in *Rivista italiana di scienza politica*, 1/1984, 17. L'Autore precisa poco più avanti: «*Si tratta di una regola di massima*».

[6] *Ibidem*, 31.

[7] *Ibidem*, 20. In particolare, per partiti rilevanti s'intendono «*soltanto i partiti provvisti di* i) *potenziale di coalizione e/o di* ii) *intimidazione*». Queste le definizioni dei due concetti: per il primo, «*the extent to which a party may be needed as a coalition partner for one or more of the possible governmental majorities*» [«*la misura in cui un partito può rivelarsi necessario quale partner di coalizione per una o più delle possibili maggioranze di governo*»]; per il secondo, « [*the*] *size, or bigness, makes a party relevant regardless of its coalition potential* (…) *whenever its existence, or appearance, affects the tactics of party competition and particularly when it alters the direction of the competition – by determining a switch from centripetal to centrifugal competition either leftward, rightward, or in both directions – of the governing-oriented parties*» [«*la dimensione, o grandezza, rende un partito rilevante* (…) *ogni qualvolta la sua esistenza, o il suo aspetto, influenza la tattica della competizione partitica e in particolare quando altera la direzione della competizione – determinando un passaggio dalla competizione centripeta alla centrifuga, sia verso sinistra o destra o verso entrambe le direzioni – dei partiti predisposti a governare*»]: cfr. G. SARTORI, *Parties and Party Systems: A Framework of Analysis*, New York, 1976, 108.

[8] G. SARTORI, *Le «leggi» sulla influenza dei sistemi elettorali*, cit., 30; v. anche 19-20: «*Un sistema partitico diventa strutturato quando l'elettore non segue più il «notabile», ma si orienta in funzione di immagini astratte di partito o delle ideologie di cui i partiti sono portatori. In concreto, un sistema partitico è strutturato quando è fatto di, o da, partiti di massa*».

È singolare[9] che questa legge abbia trovato nella Spagna un esempio brillante. Usare un sistema proporzionale su base provinciale ha aiutato il quadro politico spagnolo a radicarsi, e per decenni, su un impianto bipartitico. Solo i recenti sconvolgimenti politici hanno creato un quadro multipartitico, sebbene tendenzialmente bipolare[10].

Quali sono, nel dettaglio, le conseguenze giuridiche e politologiche nell'adottare i vari correttivi fin qui richiamati del sistema proporzionale? Se ne prova a dar conto nelle prossime pagine.

Come si è visto, il primo correttivo del proporzionale è l'adozione di una *base locale di ripartizione dei seggi*.

Il modello di riferimento è, appunto, la Spagna. Si tratta di un sistema nel quale si adopera una formula del divisore (c.d. metodo D'Hondt), applicata in collegi provinciali e quindi piuttosto piccoli. Il basso numero di seggi in palio (circoscrizione per circoscrizione) rende molto alta la soglia di voti necessaria per conseguirne uno, a tutto svantaggio dei partiti di modesti consensi, puntualmente penalizzati in sede di riparto. Tuttavia, le forze minori che, anziché disperdere i propri suffragi in tutto il Paese, li concentrano in solo alcuni collegi, *lì* riescono a conquistare seggi. In questo modo i partiti regionalisti, a volte, anziché essere penalizzati risultano addirittura avvantaggiati da tale modello.

L'adozione del modello spagnolo è suggerita ciclicamente nel dibattito pubblico italiano[11]. In genere si argomenta, a sostegno di una simile scelta, la sicura riduzione dei partiti più piccoli che ne deriverebbe (poiché di norma si crede che il partito più piccolo sia più intransigente e dunque che sia interesse generale ridurne il potere contrattuale). Il rischio di derive regionalistiche si potrebbe contenere prevedendo una soglia nazionale di sbarramento, in modo da penalizzare anche le forze minori territorialmente radicate.

Nondimeno, dietro simili proposte si cela spesso un errore di prospettiva. La *ratio* dei sistemi elettorali che distribuiscono i seggi su base circoscrizionale e non nazionale,

---

[9] Si scrive così perché all'epoca in cui fu pubblicato l'articolo, essendo la Spagna uscita da pochissimo dalla dittatura franchista, l'Autore si esprimeva in questi termini: «*Taccio, qualcuno osserverà, sulla Spagna; e questo perché è troppo presto per dire. Le tre elezioni che sono avvenute in Spagna tra il 1977 e il 1982 profilano sì un formato bipartitico, seppure insidiato da piccoli partiti regionali; ma le oscillazioni sono di tanta grandezza da indicare che, eccezion fatta per i socialisti, il sistema partitico non è ancora strutturato*» (*ibidem*, 32).

[10] Nel momento in cui si scrive, i partiti spagnoli con più di trenta iscritti al Congresso dei deputati sono quattro (PSOE e Unidas Podemos tra i progressisti; PP e Vox tra i conservatori): CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Grupos parlamentarios*, *Composición*, XIV Legislatura (2019-Actualidad). I due partiti progressisti formano la maggioranza del secondo Governo Sanchez (*Spagna: accordo tra PSOE e Podemos*, «Ansa.it», 30 dicembre 2019); invece i due partiti conservatori, con i centristi di Ciudadanos, collaborano assieme al governo regionale della Comunità autonoma d'Andalusia (*In Andalusia il centrodestra ha trovato un accordo, governerà la regione per la prima volta in 36 anni*, «il Post», 10 gennaio 2019).

[11] Sul «Vassallum», cfr. M. BORDIGNON, P. BALDUZZI, *Le conseguenze del Vassallum*, su «LaVoce.info», 10 dicembre 2017. Sulla «bozza Bianco», cfr. F. BASSANINI, *Per una simulazione degli effetti della riforma elettorale contenuta nella c.d. bozza Bianco. Prime indicazioni*, «Bassanini.it», s.d. La proposta di riprendere il sistema spagnolo è stata ribadita anche nel 2014 (M. GELARDINI, *L. elettorale, le 3 proposte di Renzi: Mattarellum 'corretto', sistema spagnolo, modello comunale*, «Repubblica.it», 2 gennaio 2014).

per tradizione, non è assicurare un certo effetto distorsivo-riduttivo, ma un certo modello di rappresentanza territoriale.

In altri termini: la disproporzionalità dei sistemi di tipo spagnolo è un effetto forse desiderato e ricercato dal legislatore, ma questi sistemi sono stati immaginati, in origine, per assicurare una rappresentanza politica autonoma *a certe comunità territoriali*, cui il Governo centrale già riconosce livelli locali di autogoverno (e cioè già riconosce la loro autonoma identità politica). Non a caso, il sistema elettorale spagnolo distribuisce seggi *non* su una mera base circoscrizionale, bensì su «base provinciale», e per espressa prescrizione dell'art. 68, co. 2, della Costituzione spagnola.

La distorsione della base circoscrizionale si bilancia con (o perlomeno si fonda su) un collegamento più forte ed evidente tra l'eletto e gli elettori. È vero che si producono più resti, ma l'obiettivo ideale (o comunque l'effetto apprezzabile) è che *ogni* comunità politica locale ha una propria, diretta e autonoma, rappresentanza politica nazionale.

Dunque, «chiudere» la ripartizione dei seggi all'interno di un certo territorio serve non (solo) a conseguire un certo effetto distorsivo e riduttivo, ma (anche e soprattutto) a tutelare politicamente le varie comunità locali, ognuna caratterizzata da una identità socioeconomica, che lo Stato ha già riconosciuto costituendole in enti territoriali.

Il legislatore italiano, viceversa, ha preferito soluzioni ben diverse.

Vero che la scelta di «chiudere» la ripartizione dei senatori a livello regionale segue proprio questa linea di pensiero. Ma l'effetto riduttivo, in ultima analisi, non si è verificato: e ciò in quanto il livello istituzionale valorizzato (le Regioni) impone il disegno di collegi elettorali eterogenei, di norma medio-grandi, incapaci di ridurre in modo rilevante gli eletti dei partiti più piccoli.

Quando invece il legislatore italiano tenta di ritagliare collegi piccoli o molto piccoli, storicamente *non* adotta l'approccio istituzionale. I collegi sono stati molto spesso disegnati avendo a mente criteri meramente "dimensionali" (cioè con l'intento di non costruire circoscrizioni né troppo grandi né troppo piccole, e di assicurare che anche i territori più periferici ottenessero rappresentanza senza farsi "risucchiare" dalle aree metropolitane della propria Regione)[12]. Perciò le circoscrizioni elettorali della Camera dei deputati non sono mai state, *in toto*, regionali o provinciali, ma spesso multi-provinciali.

Un approccio simile è stato seguito nel disegno dei collegi plurinominali (di entrambe le Camere). La loro istituzione non ha introdotto vincoli giuridici stringenti per il disegno dei loro confini[13]: gli esperti della competente commissione governativa hanno comunque dovuto attendersi ad alcuni criteri imposti dalla l. 3 novembre 2017, n. 165[14], cercando di rispettare ove possibile i confini provinciali o perlomeno i c.d.

[12] Le circoscrizioni della Camera dei deputati sono coincise con la Tabella A, in allegato al DPR 30 marzo 1957, n. 361, nelle versioni del 1957, del 1993, del 2015 e infine del 2017.

[13] L'art. 1, co. 3, del DPR n. 361/1957 dispone che i collegi plurinominali in cui è divisa ciascuna circoscrizione sono «*costituiti, di norma, dall'aggregazione del territorio di collegi uninominali contigui e tali che a ciascuno di essi sia assegnato, di norma, un numero di seggi non inferiore a tre e non superiore a otto*»; a loro volta, i collegi uninominali sono istituiti semplicemente su basi numeriche («*tre ottavi del totale dei seggi da eleggere*», art. 1, co. 2, DPR n. 361/1957, cit.).

[14] La «legge Rosato» ha chiesto comunque una certa coerenza demografica, territoriale e amministrativa dei collegi elettorale (art. 3, co. 1-2).

«sistemi locali»[15]. Ma, con riguardo a questo genere di collegi, si deve comunque osservare che funzionano soltanto come meri "centri di distribuzione di seggi", poiché la ripartizione tra le liste non avviene a livello locale, bensì a livello nazionale.

Negli ultimi anni il legislatore italiano ha sempre preferito optare per la ripartizione dei seggi su base nazionale. La scelta non deve sorprendere. Benché la base nazionale resti foriera di livelli assai più bassi di distorsività rispetto alla base locale, ad essa si possono abbinare altri importanti correttivi, con conseguenze molto profonde.

Anzitutto, è possibile innestare alla ripartizione nazionale dei seggi uno dei correttivi più classici delle formule proporzionali: le clausole (o soglie) «esplicite» di sbarramento. Si tratta di disposizioni normative che escludono, dal riparto dei seggi, i partiti e le liste che non hanno raccolto una certa quota di voti.

L'abbinamento tra base nazionale e *soglia esplicita di sbarramento* consente – seguendo una felice metafora di Dickmann[16] – di garantire ripartizioni più «disciplinate» dei seggi: consente di combinare il vantaggio della prevedibilità-controllabilità del risultato a quello della distorsione selettiva, «riduttiva» del quadro politico.

In altri termini: il risultato finale non è la somma casuale di più risultati locali, ma al tempo stesso riesce ugualmente a penalizzare i partiti più piccoli. La combinazione ha un solo difetto rilevante: rispetto ai sistemi a base circoscrizionale, le forze di dimensioni medie conservano intatto il proprio peso (non più penalizzato dalla ridotta ampiezza dei collegi elettorali).

Le soglie esplicite di sbarramento si sono affermate in larga parte della legislazione europea e sono praticate sia a livello locale sia a livello nazionale. La più nota è la *Sperrklausel* tedesca, che esclude dal Bundestag i partiti che abbiano conseguito meno del 5% dei voti validi sul piano nazionale.

Secondo il Tribunale costituzionale tedesco, questo dispositivo ha la funzione di «*impedire ai partiti estremisti di entrare in parlamento e, in conseguenza, tende a tutelare la migliore governabilità da parte della maggioranza*»[17].

È noto, comunque, che le soglie di sbarramento servano anche a indurre gli elementi più radicali dello schieramento ad *ammorbidirsi* e ad aggregarsi in entità politiche di maggiore spessore[18]. Si tratta di una conseguenza politica che è spesso

---

[15] COMMISSIONE DI ESPERTI, *Proposta dei collegi uninominali e plurinominali per la Camera dei deputati e il Senato della Repubblica*, Roma, 13 novembre 2020, 19 ss.

[16] L'Autore considera «*possibile un modello maggioritario puro* [*soltanto se*] *"frenato" da un forte correttivo di tipo proporzionale*» in quanto «*il maggioritario puro* (…) *è certamente "indisciplinato", cioè poco prevedibile, visto che il risultato potrebbe rilevarsi disomogeneo sul piano nazionale in assenza di correttivi o temperamenti*»: R. DICKMANN, *Le questioni all'attenzione del legislatore dopo la sentenza n. 35 del 2017 della Corte costituzionale*, in *Diritti fondamentali*, 1/2017, 11-12.

[17] A. MARTINUZZI, *La fine di un antico feticcio: la sindacabilità della legge elettorale italiana*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014, 12.

[18] G. SARTORI, *Le «leggi» sull'influenza dei partiti politici*, cit., sosteneva a proposito del maggioritario a doppio turno che «*costringe i partiti a un gioco coalizionale o, meglio ancora, di scambi reciproci precisamente in sede elettorale*» e quindi incide sulla loro natura, concordando con Duverger quando osservava che questo sistema «*ingenera*[*va*] *un sistema di partiti «morbidi», o flessibili*» (30). Un ragionamento simile lo si può applicare, a parere personale, anche alle soglie di sbarramento, con riferimento ai partiti di dimensioni più esigue: anche qui i partiti più piccoli sono costretti a un gioco coalizionale (p.e. attraverso la negoziazione di cartelli elettorali sotto il cui simbolo presentarsi assieme) e

considerata in modo positivo dall'opinione pubblica e dunque scientemente perseguita dal legislatore.

L'approccio italiano alle soglie di sbarramento si è spesso rivelato ondivago.

Il legislatore italiano ha dapprima introdotto una soglia del 4% (su base nazionale) per la quota proporzionale della «legge Mattarella»; dopodiché ha introdotto un apparato di soglie assai sofisticato con la «legge Calderoli»[19], con l'intento di usare questo istituto anche per favorire le coalizioni; infine ha stabilito una soglia del 3% (su base nazionale) con la «legge Rosato», valida sia alla Camera dei deputati sia al Senato[20].

Inoltre, sono state istituite soglie di sbarramento per le elezioni comunali (3% nei Comuni più grandi: art. 73, co. 7, TUEL), per le elezioni europee (4% su base nazionale: art. 21, 1° co., legge 24 gennaio 1979, n. 18), e in passato anche per le elezioni provinciali (3% per liste singole e coalizioni: art. 75, co. 5, TUEL ora implicitamente abrogato dalla legge 7 aprile 2014, n. 56).

Non è chiaro se questo insieme di previsioni abbia prodotto un qualche effetto riduttivo sul quadro politico. In ogni caso, è noto che il meccanismo prediletto dal legislatore italiano in tema di ingegneria elettorale è un altro: il premio di maggioranza.

Si tratta, in linea di principio, di un congegno che consente di «premiare» la forza che ha "vinto le elezioni", elargendole una maggioranza parlamentare che altrimenti non

---

sono costretti ad ammorbidire le proprie posizioni intransigenti nelle relazioni politiche con i propri alleati.

[19] L'art. 83, co. 1, n. 3), del DPR 361/1957 individuava due diverse soglie per l'ammissione alla ripartizione dei seggi: *(a)* il 10% dei voti validi per le coalizioni di liste (al cui interno almeno una lista doveva aver superato la soglia del 2% dei voti validi); *(b)* il 4% dei voti validi per le liste non coalizzate o per le liste di coalizioni che non avevano raggiunto la soglia del 10%. È importante notare che la soglia di sbarramento per le coalizioni aveva una funzione decisiva: consentiva di accedere alla ripartizione dei seggi spendendo la cifra elettorale comune (migliorando la competitività per l'accesso al premio di maggioranza, guadagnando seggi dall'unione dei resti, e recuperando anche i voti delle singole liste coalizzate che non superavano lo sbarramento). L'art. 83, co. 1, n. 6) del DPR 361/1953 introduceva infine un'ultima soglia di sbarramento: quella del 2% dei voti validi per le liste coalizzate, superata la quale le liste guadagnavano l'accesso alla ripartizione dei seggi assegnati alla coalizione. Il meccanismo era estremamente simile al Senato della Repubblica ma seguiva soglie differenti. Difatti la soglia di sbarramento era del 20% per le coalizioni e dell'8% per le liste singole, coalizzate o "sopravvissute" alla coalizione sotto-soglia [art. 16, co. 1, lett. *b)*, nn. 1-2)], e del 3% dei voti validi per le liste coalizzate – art. 16, co. 3: peraltro il successivo co. 6, che disciplinava la ripartizione dei seggi assegnati alle coalizioni in caso fosse stato attribuito il premio regionale, faceva impropriamente riferimento alle liste coalizzate ammesse al riparto «*ai sensi dell'articolo 16, comma 1, lettera* b)*, numero 1)*», che però menzionava soltanto il requisito, perché la coalizione fosse ammessa tutta insieme al riparto regionale dei seggi, che una lista coalizzata avesse raggiunto il 3% dei voti validi.

[20] Bisogna segnalare che la «legge Rosato» prevede anche una «sotto-soglia» di sbarramento, pari all'1% dei voti validi, al di sotto della quale le liste coalizzate non conferiscono i propri suffragi alle rispettive coalizioni. Le liste che conseguono tra l'1% e il 3% dei seggi, invece, pur non conseguendo seggi, trasferiscono i propri voti alla loro coalizione: «*una distorsione del voto ben maggiore della dispersione che può determinare la soglia di sbarramento in sé considerata, in quanto non si limita a condannare all'irrilevanza la volontà di quegli elettori che votano una lista* [*sotto-soglia*] *ma* [*attribuisce*] *all'elettore una volontà diversa da quella manifestata*» (S. MANGIAMELI, *Disciplina elettorale, sistema dei partiti, forma di governo: vecchie e nuove problematiche*, in *Diritti fondamentali*, 1/2018, 21). Il trasferimento del voto è stato molto criticato anche durante i lavori parlamentari: cfr. Senato della Repubblica. Assemblea. *Resoconto stenografico*. XVII Legislatura. 904ª Seduta (ant.), martedì 24 ottobre 2017.

riuscirebbe a conseguire. Nonostante la grande fortuna nel nostro Paese lo abbia reso un concetto familiare all'opinione pubblica, il dispositivo non è di larga applicazione[21].

Il premio assicura la coincidenza tra vittoria politica alle urne e maggioranza parlamentare. Un risultato simile è difficile da realizzare se il sistema partitico è poco strutturato, le coalizioni poco coese, e il sistema proporzionale assai puro.

In Italia, come nel resto dell'Occidente, è notoria la crisi delle ideologie politiche e la regressione verso moduli partitici costruiti su un *leader* mediaticamente sovraesposto[22]; si aggiunge una scarsa tenuta delle coalizioni, pure essa ben nota[23]; e dal 2005 la ripartizione proporzionale si fa su base nazionale.

In contesti del genere il premio appare una soluzione agevole ed equilibrata.

Un'analisi rigorosa del correttivo distingue tra due tipi di sistemi a premio: il c.d. *bonus system* e il c.d. *jackpot system*. La differenza sta in ciò: «*il primo consiste in un premio ad entità predeterminata, mentre nel secondo ad essere predeterminato è l'esito della ripartizione dei seggi*»[24]. Come si vedrà, il funzionamento dei due schemi in realtà è di natura essenzialmente meccanica (entrambi possono produrre gli stessi risultati).

I sistemi elettorali italiani per le elezioni nazionali si sono sempre basati sul modello *jackpot*. Soltanto la c.d. «legge Tatarella», valida per le elezioni regionali, usava il modello *bonus* (elargiva un quinto dei seggi alla coalizione vincente)[25].

Quale che sia la sua fisionomia, il premio è sempre stato oggetto di critiche, anche molto feroci, perché incide in modo decisivo sul voto popolare. La questione che accende il dibattito sta in ciò: la consegna del Parlamento (*rectius:* della maggioranza assoluta in Parlamento) alla minoranza più consistente (*rectius:* alla maggioranza relativa). Questo passaggio trova estimatori in chi vuole vedervi una comprensibile e accettabile valorizzazione della governabilità, e critici rigorosi in chi ritiene disincentivi il gioco coalizionale e generi «*lo snaturamento della rappresentanza politica*»[26].

Vi sono infine due istituti minori, ma anch'essi di una certa importanza, che possono incidere sulla distorsione del voto: si tratta delle coalizioni elettorali e del voto fuso (chiamato in genere «divieto di voto disgiunto»).

Le "coalizioni elettorali" sono schieramenti politici dei quali fanno parte più partiti (o meglio, più liste di candidati) che sono considerati unitariamente in sede di

---

[21] P. PASSAGLIA (a cura di), *I «premi di maggioranza»*, in *www.cortecostituzionale.it*, novembre 2013, nota che il premio di maggioranza «*trova un numero piuttosto esiguo di applicazioni, quanto meno avendo riguardo alle elezioni nazionali*»: a detta della Corte europea dei diritti dell'uomo, è in uso soltanto *Grecia, Malta e San Marino*» (6).

[22] In part. cfr. l'interessante analisi di P. GERBAUDO, *I partiti digitali*, Bologna, 2020, spec. 45-51 (sulla crisi dei partiti di massa) e cap. VIII, *L'iperleader* (sul ruolo dei leader dei partiti digitali).

[23] Può essere utile ricordare che nel 2013 SEL fuoriuscì dalla coalizione di centrosinistra per stare all'opposizione del Governo Letta, appena due mesi dopo le elezioni (M. LANARO, *Vendola (Sel): "No al governissimo. Il centrosinistra è un campo di macerie*, «Il Fatto Quotidiano.it», 25 aprile 2013). Nel 2018 è stata invece la volta della Lega, che abbandonò la coalizione di centrodestra per concludere un'alleanza con il M5S, a soli tre mesi dalle elezioni (*L'accordo di governo tra Lega e M5s è praticamente fatto. Manca il premier*, «Agi», 13 maggio 2018).

[24] P. PASSAGLIA, *I «premi di maggioranza»*, cit., 7.

[25] Si tratta della l. 23 febbraio 1995, n. 43, e in part. dell'art. 1, co. 3. Successivamente le Regioni hanno acquisito il potere di determinare in via autonoma la propria disciplina elettorale, attraverso la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (in part. mediante revisione dell'art. 122, 1° co., Cost.).

[26] M. VILLONE, *Riforma elettorale: ritornare alla Costituzione*, «il manifesto.it», 16 marzo 2021.

ripartizione dei seggi. La loro costituzione avviene attraverso «reciproche dichiarazioni di collegamento»[27], tramite le quali gli alleati perfezionano il loro accordo politico.

La coalizione consente ai partiti di *unire le forze* nella competizione elettorale. In un proporzionale puro assicura comunque il modesto vantaggio di consentire la somma dei resti (eventualmente conseguendo quozienti ulteriori). In sistemi impuri e corretti da premi di maggioranza è chiaramente un istituto prezioso per vincere le elezioni.

Che si vinca o che si perda, comunque, la coalizione riscuote seggi a nome di tutti i suoi partiti e la loro suddivisione è *affar privato* tra alleati: come nelle società commerciali la persona giuridica intrattiene i rapporti economici con l'esterno a proprio nome e i soci ricevono i soli dividendi, anche nelle coalizioni i partiti alleati non si palesano all'esterno, ma usano la propria personale cifra elettorale soltanto per dividersi i seggi, già conquistati a nome della coalizione con la cifra elettorale comune.

Questo istituto importa due conseguenze notevoli: *(a)* il voto dell'elettore è assegnato *in primis* alla coalizione e solo in seconda battuta al partito, col risultato che ogni partito coalizzato riceve seggi per interposta coalizione e si attenua la legittimazione diretta dei suoi eletti; *(b)* quanto appena detto avrebbe in realtà poca importanza, se tuttavia le coalizioni non potessero disgregarsi dopo le elezioni o almeno non lo facessero con la loro celebre facilità. Certamente, se è problematico anche solo immaginare di superare il divieto di mandato imperativo per il singolo parlamentare, è perfino inconcepibile vincolare intere comunità politiche ad alleanze ormai archiviate (ed è pure difficile inventare un congegno giuridico che sanzionasse lo scioglimento delle coalizioni). È vero anche, tuttavia, che il problema politico resta e che si producono importanti effetti di delegittimazione politica[28].

Il "voto fuso" è un tipo di espressione del voto che vincola l'elettore a esprimere un suffragio unico, valido contemporaneamente per le varie «*arene*»[29] sulle quali è chiamato a pronunciarsi. Si contrappone al voto disgiunto, grazie al quale, invece, gli è concesso di esprimersi con un voto in ciascuna arena, senza che gli sia chiesto di rispettare una coerenza politica tra le sue varie preferenze (p.e. l'elettore è libero di votare a favore del candidato sindaco di una coalizione e del candidato consigliere di un'altra coalizione).

Le due tipologie di voto sono entrate nel dibattito pubblico con l'introduzione dell'elezione diretta dei sindaci e dei Presidenti di Provincia[30]. Entrambe le tipologie del

---

[27] L'art. 14-*bis* del DPR n. 361/1957 impone a ciascuna lista di presentare una dichiarazione di collegamento con le liste alleate al deposito del proprio contrassegno; le dichiarazioni saranno valide se reciproche. Il d.lgs. 20 dicembre 1993, n. 533, che disciplina l'elezione del Senato della Repubblica, rinvia alla normativa vigente per la Camera.

[28] Può essere utile ricordare un altro aspetto del caso di SEL, che ottenne 37 deputati (circa il 6% degli eletti) a fronte di poco più d'un milione di voti (circa il 3% dell'affluenza) grazie al premio di maggioranza della «legge Calderoli». Essendo lo *junior partner* della coalizione di centrosinistra le fu garantita la Presidenza della Camera dei deputati (alla quale fu eletta l'on. Laura Boldrini il 16 marzo 2013), ma passò il resto della legislatura all'opposizione. Questo quadro dimostra con chiarezza a quali paradossi può condurre l'istituto: distorce il voto, in modo ampio, ma non può realizzare l'effetto politico desiderato.

[29] Sia «*voto fuso*» sia «*arene*» sono espressioni riprese da A. CHIARAMONTE, *I sistemi elettorali misti. Una classificazione*, in *Rivista italiana di scienza politica*, 2/1998, 239.

[30] In realtà anche in passato esisteva una disciplina elettorale che consentiva il voto disgiunto, o meglio, il c.d. *panachage*, cioè il voto a candidati di liste diverse. Era il sistema elettorale per i Comuni di

voto sono usate nelle competizioni elettorali: il voto disgiunto nelle elezioni dei Comuni più grandi (art. 72, co. 3, TUEL), il voto fuso nelle elezioni dei Comuni più piccoli (art. 71, co. 5, TUEL) e, in passato, nelle elezioni provinciali (art. 74, co. 5, TUEL). Successivamente l'elezione diretta dei Presidenti della Provincia e dei Consigli provinciali è stata abolita dalla c.d. «legge Delrio».

Il voto disgiunto consente un'espressione del voto più libera e serena all'elettore, perché gli assicura un più ampio margine di scelta.

La principale controindicazione è la nascita di flussi di voti politicamente incoerenti, o comunque multicolori. In altri termini, il voto disgiunto mina la governabilità: offre un canale di rappresentanza a chi non è convinto *in toto* da nessuna delle opzioni politiche in campo, e che quindi legittima col suo voto opzioni diverse e potenzialmente contraddittorie, anche indebolendo un'eventuale maggioranza.

La Corte costituzionale, infatti, nel riconoscere che il voto disgiunto non fosse «*di per sé incostituzionale, bensì rientr*[*asse*] *fra le possibili opzioni del legislatore*»[31], affermò che «*la governabilità dell'ente non è assunta come un valore assoluto*»[32].

Tuttavia, il voto disgiunto è anche strumento che penalizza gli elementi più deboli di una coalizione, siano essi (per esempio) il candidato sindaco o i candidati consiglieri. Non è un caso che gli schieramenti politici hanno preferito espungere il voto disgiunto dalle nuove discipline elettorali: non lo prevede né la nuova legge nazionale[33], né una quota consistente di leggi regionali[34].

In questi casi il sistema elettorale guadagna di «*influenza manipolativa*»[35], cioè aumenta la presa coercitiva sull'elettore. Questi è costretto a scegliere la proposta elettorale di un certo schieramento senza la possibilità di rifiutarne neanche una parte e deve quindi decidere, una volta per tutte, tra le varie opzioni in campo, se ve ne è una della quale riesca a tollerare anche gli elementi a sé più sgraditi.

Riassumendo: la base elettorale, le soglie di sbarramento e i premi di maggioranza sono elementi del sistema elettorale che ne influenzano in modo decisivo il grado di distorsività. In questo modo possono avere, a seconda del quadro politico disciplinato, una certa influenza politica sul numero e sulle condotte dei partiti. In misura minore

---

minori dimensioni, che in realtà era un sistema maggioritario plurinominale con voto limitato e a liste aperte, disciplinato in origine dal d.lgs. lgt. 7 gennaio 1946, n. 1 e poi mantenuto fino al 1993. Tuttavia, questo meccanismo si prestava maggiormente a dinamiche locali e poco 'politiche'. Dunque, si può ritenere che il vero ingresso del voto disgiunto nel dibattito nazionale avvenga con la sua introduzione nella disciplina elettorale dei Comuni di maggiori dimensioni.

[31] A. ODDI, *I sistemi elettorali nella giurisprudenza costituzionale (una rassegna)*, in *Eius.eu*, 2017, 9.

[32] Corte costituzionale, sentenza 4 aprile 1996, n. 107, che aggiungeva: «[*La governabilità*] *è apprezzata come valore specificamente tutelabile (giustificandosi la alterazione del criterio proporzionale) soltanto nel caso, di maggior allarme, della frammentazione dei consensi espressi, che è quello del sindaco "debole" collegato ad una o più liste "deboli"*».

[33] La «legge Rosato» impone il voto fuso per i candidati nei collegi uninominali e le liste a loro collegate. In senso critico, cfr. S. SCHETTINO, Rosatellum bis*: continuità e discontinuità della disciplina elettorale tra discrezionalità del parlamento e (problematica…) coerenza costituzionale*, in *Diritti fondamentali*, 1/2018.

[34] Non lo ammettono le Regioni Umbria (l.r. n. 2/2010), Marche (l.r. n. 27/2004), Abruzzo (l.r. n. 9/2013), Molise (l.r. n. 20/2017), Basilicata (l.r. n. 27/2018), Calabria (l.r. n. 1/2005). Cfr. Camera dei deputati. Documentazioni e ricerche. *Le leggi elettorali regionali. Quadro di sintesi*. 3 agosto 2020, n. 109.

[35] G. SARTORI, *Le «leggi» sull'influenza dei sistemi elettorali*, cit., 18.

anche il voto fuso e le coalizioni elettorali possono produrre effetti distorsivi e, di conseguenza, politici. Per questi motivi le fonti della distorsione elettorale, alle volte inevitabili, possono apparire politicamente «utili», perché strumentali a indirizzare il sistema dei partiti in una direzione desiderata (dalla maggioranza politica contingente, in genere). La stessa evoluzione del diritto positivo, *ictu oculi*, suggerisce che la classe politica abbia spesso «ricercato» certe forme e certi gradi di distorsività, coscientemente, nell'intento di perseguire obiettivi precisi di politica del diritto elettorale.

3. *La governabilità: un interesse, non un principio*

La distorsione del risultato elettorale è utile, e quindi tollerabile, in quanto risulti «*necessaria ad evitare un pregiudizio per la funzionalità dell'organo parlamentare*»[36]. Descritto in modo assai diverso dagli studiosi, questo interesse porta il nome di «governabilità». Vari gli obiettivi che lo caratterizzano: un'ampia maggioranza di governo, una ridotta frammentazione del quadro politico, una coesione partitica capace di sostenere stabilmente l'esecutivo e di prendere le decisioni parlamentari con rapidità.

Come si apprezza giuridicamente questo obiettivo?

La questione è aperta. Già la Corte costituzionale si è espressa in modo diverso sul punto nelle sentenze nn. 1/2014 e 35/2017. Anche la dottrina ha dato interpretazioni diverse delle due sentenze: alcuni Autori ne hanno tratto indicazioni di forte sapore proporzionalista, mentre altri hanno colto aperture significative in senso maggioritarista.

La Consulta si espresse per la prima volta sull'argomento nel 2014, dichiarandosi vincolata a compiere uno scrutinio di «*proporzionalità*» sul «*bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti*» sanzionato dalla disciplina elettorale, chiamata a prescrivere «*tra più misure appropriate* (…) *quella meno restrittiva*». Il giudice delle leggi definì espressamente come «*senz'altro un obiettivo costituzionalmente legittimo*» agevolare la formazione di una «*adeguata maggioranza parlamentare*» ma obiettò che non si limitava a questo la disciplina censurata. Infatti, la legge Calderoli non si limitava a imporre un correttivo, bensì arrivava a «*rovescia*[*re*] *la ratio*» della formula proporzionale, che invece induceva l'affidamento sull'«*equilibrio degli effetti del voto*»[37].

---

[36] Corte cost., sent. 1/2014, cit., § 3.1 del *Considerato in diritto*, che richiama però BVerfGE, sent. 3/11 del 25 luglio 2012.

[37] *Ibidem*. «*Le disposizioni censurate non si limitano, tuttavia, ad introdurre un correttivo* (…) *al sistema di trasformazione dei voti in seggi «in ragione proporzionale»,* (…), *in vista del legittimo obiettivo di favorire la formazione di stabili maggioranze parlamentari e quindi di stabili governi, ma rovesciano la ratio della formula elettorale prescelta dallo stesso legislatore del 2005, che è quella di assicurare la rappresentatività dell'assemblea parlamentare. In tal modo, dette norme producono una eccessiva divaricazione tra la composizione dell'organo della rappresentanza politica, che è al centro del sistema di democrazia rappresentativa e della forma di governo parlamentare prefigurati dalla Costituzione, e la volontà dei cittadini espressa attraverso il voto, che costituisce il principale strumento di manifestazione della sovranità popolare, secondo l'art. 1, secondo comma, Cost.* (…) *Le norme censurate, pur perseguendo un obiettivo di rilievo costituzionale,* (…) *dettano una disciplina che non rispetta il vincolo del minor sacrificio possibile degli altri interessi e valori costituzionalmente protetti,*

Da un lato è lecito tracciare un bilanciamento tra rappresentatività e governabilità (intesa come «*obiettivo costituzionalmente legittimo*»). Dall'altro, perlomeno in sistemi proporzionali, l'affidamento del cittadino sull'eguaglianza del voto in uscita suggerisce una gerarchia tra governabilità e rappresentatività: la prima non può né deve prevalere sulla seconda[38].

Nel 2014 la dottrina è tendenzialmente concorde sul quadro. Ovviamente le ricostruzioni giuridiche differiscono. Non manca chi ritiene che la governabilità *non* sia un vero e proprio principio costituzionale, ma piuttosto «*un'esigenza razionale propria di e in ogni ordinamento*»[39]: dopotutto non esiste una norma costituzionale che elevi questa esigenza (od obiettivo, che dir si voglia) a principio costituzionale[40]. Vi è anche chi lamenta che la Consulta si sia contraddetta nel praticare il *test* di proporzionalità: anziché individuare la misura meno invasiva per realizzare la governabilità senza penalizzare la rappresentatività, la Corte costituzionale avrebbe fatto venir meno ogni apprezzamento dell'obiettivo iniziale[41].

In ogni caso la posizione sembra chiara. La governabilità è un interesse pubblico, che una legge elettorale proporzionale può perseguire, ma senza comprimere troppo un principio di rappresentatività che in questo caso specifico impone anche l'uguaglianza in uscita del voto (perlomeno in termini tendenziali). D'altronde, la «*governabilità vera*» è essenzialmente un dato politico: dipende dalla tenuta delle coalizioni, e in generale «*anche, se non soprattutto, da altre e più specifiche connotazioni di ciascun sistema politico e dai suoi protagonisti*»[42]. Dunque, la legge elettorale non basta e non può bastare ad assicurarla (quindi è ragionevole che si occupi primariamente della rappresentanza, che essa stessa contribuisce a costituire).

(…) *posto che* [*la disciplina*] *determina una compressione della funzione rappresentativa dell'assemblea, nonché dell'eguale diritto di voto, eccessiva e tale da produrre un'alterazione profonda della composizione della rappresentanza democratica, sulla quale si fonda l'intera architettura dell'ordinamento costituzionale vigente*».

[38] Tra i tanti, R. ROMBOLI, *La riforma della legge elettorale ad opera della Corte costituzionale: attenti ai limiti*, in *Foro italiano*, 1/2014, 4 [«*Nell'opera di bilanciamento tra i due diversi interessi costituzionalmente rilevanti è corretto rilevare (PERTICI) come essi non siano posti sullo stesso piano, nel senso che è solo il secondo (governabilità) che, seppur giustificato, non può comprimere oltre un certo limite il primo (rappresentatività), non ponendo invece problemi l'assoluta non presa in considerazione delle esigenze di governabilità*»].

[39] F. GABRIELE, *Molto rumore per nulla? La "zona franca" elettorale colpita ma non affondata (anzi…). Riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014*, in *Consulta Online*, 2014, 5.

[40] È doveroso segnalare che la riforma costituzionale proposta nel 2005 introduceva in Costituzione un principio di governabilità. All'art. 30 della legge (non promulgata per effetto del *referendum* costituzionale del 2006) si disponeva la sostituzione dell'art. 92 Cost., che al secondo comma avrebbe così disposto: «*La candidatura alla carica di Primo ministro avviene mediante collegamento con i candidati ovvero con una o più liste di candidati all'elezione della Camera dei deputati, secondo modalità stabilite dalla legge. La legge disciplina l'elezione dei deputati in modo da favorire la formazione di una maggioranza, collegata al candidato alla carica di Primo ministro*».

[41] F.S. MARINI, *La ragionevolezza come parametro incerto della costituzionalità delle leggi elettorali*, in *Confronti costituzionali*, 2014, 2 («*Anzi, si potrebbe rilevare che il sistema elettorale che esce dalla sentenza non supera anch'esso il test di proporzionalità, in quanto l'obiettivo della governabilità non lo realizza affatto. Per essere ancora più chiari, se il test di proporzionalità consiste nell'individuare – come afferma la Corte – la misura più appropriata per realizzare l'obiettivo della governabilità, l'annullamento non emenda affatto il vizio, in quanto la misura non sacrifica l'interesse contrastante, che è quello della rappresentatività, ma non realizza affatto l'obiettivo principale*»).

[42] F. GABRIELE, *Molto rumore per nulla?*, cit., 6.

Ma il contesto rende problematica la decisione della Corte, visto che «*il premio di maggioranza appare una necessità*» nel tripolarismo del momento[43]. La risposta politica alla sentenza arriva pochi anni dopo, con l'approvazione della legge n. 52/2017, che disegna un sistema elettorale *majority assuring*. Anche contro questa legge, benché non ancora applicata, si ricorre alla Consulta.

La sentenza n. 35/2017 confonde il quadro.

Deferente e assai impegnata nel riconoscere «*un'ampia discrezionalità*» al legislatore e «*una possibilità di intervento limitata*» al proprio sindacato, la Consulta ribadisce che il bilanciamento tra «*i principi costituzionali*» di rappresentatività e uguaglianza del voto, «*con gli obiettivi, pure di rilievo costituzionale*» di governabilità, consente di ritenere costituzionale la soglia del 40 percento dei voti, necessaria per elargire il premio di maggioranza al primo turno secondo la disciplina dell'Italicum[44].

Qui la dottrina smarrisce ogni forma di concordia. Rappresentatività e governabilità sono sullo stesso piano, sostengono alcuni[45]. Ma a detta di altri, la rappresentanza era e resta un valore sovraordinato rispetto alla governabilità[46]. In effetti, poco più avanti la Corte costituzionale sosteneva che «*ogni sistema elettorale, se pure deve favorire la formazione di un governo stabile, non può che esser primariamente destinato ad assicurare il valore costituzionale della rappresentatività*»[47].

Ciononostante, le critiche che si spiegano contro la legittimazione costituzionale espressamente riconosciuta alla governabilità sono moltissime. Anzitutto si recupera la questione centrale: e cioè che «*la legge elettorale non è in grado di per sé di assicurare la governabilità*»[48]. Dopotutto, si tratta di «*un obiettivo storico-politico, insuscettibile di tutela giurisdizionale*», che dunque la Corte costituzionale sbaglia a porre «*sullo stesso*

---

[43] B. CARAVITA, *La riforma elettorale a opera della sent. n. 1 del 2014*, in *Federalismi.it*, 2/2014, 4-5.

[44] Corte costituzionale, sent. n. 35/2017, cit., §6 del *Considerato in diritto*: «*Preliminarmente, è da rilevare che questa Corte ha sempre riconosciuto al legislatore un'ampia discrezionalità nella scelta del sistema elettorale che ritenga più idoneo in relazione al contesto storico-politico in cui tale sistema è destinato ad operare, riservandosi una possibilità di intervento limitata ai casi nei quali la disciplina introdotta risulti manifestamente irragionevole* (…). *Alla luce della ricordata discrezionalità legislativa in materia,* [*la soglia del 40% per conseguire il premio al primo turno*] *non appare in sé manifestamente irragionevole, poiché volta a bilanciare i principi costituzionali della necessaria rappresentatività della Camera dei deputati e dell'eguaglianza del voto, da un lato, con gli obbiettivi, pure di rilievo costituzionale, della stabilità del governo del Paese e della rapidità del processo decisionale, dall'altro*».

[45] R. DICKMANN, *La Corte costituzionale trasforma l'Italicum in sistema elettorale maggioritario "eventuale" ma lascia al legislatore l'onere di definire una legislazione elettorale omogenea per le due Camere,* in *Federalismi.it*, 4/2017, 4. L'Autore è molto critico sul punto: v. *infra*.

[46] S. CECCANTI, *I sistemi elettorali per le elezioni politiche dopo la 35/2017: una sentenza figlia del referendum, ma per il resto deludente per i proporzionalisti*, in *Federalismi.it*, 4/2017, 4, in senso molto critico («*riflessioni opinabili* [*della Corte*]»).

[47] Corte cost., sent. 35/2017 cit., §9.2 del *Considerato in diritto*, e ciò in quanto «*L'applicazione di un sistema con turno di ballottaggio risolutivo, a scrutinio di lista, dovrebbe necessariamente tenere conto della specifica funzione e posizione costituzionale*» della Camera dei deputati, «*organo fondamentale nell'assetto democratico dell'intero ordinamento*», poiché: «*Nella forma di governo parlamentare disegnata dalla Costituzione, la Camera dei deputati è una delle due sedi della rappresentanza politica nazionale (art. 67 Cost.), accanto al Senato della Repubblica. In posizione paritaria con quest'ultimo, la Camera concede la fiducia al Governo ed è titolare delle funzioni di indirizzo politico (art. 94 Cost.) e legislativa (art. 70 Cost.)*».

[48] A. RUGGERI, *La Corte costituzionale alla ricerca di un accettabile equilibrio tra le ragioni della rappresentanza e quelle della governabilità: un'autentica quadratura del cerchio, riuscita però solo a metà, nella pronunzia sull'Italicum*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2017, 3.

piano degli obiettivi costituzionali della ragionevolezza, dell'uguaglianza e della proporzionalità del modello elettorale (…) *la cui violazione implica la lesione, giustiziabile, del diritto fondamentale di elettorato*»[49].

C'è chi solleva un punto non solo giuridico. Ovvero: la governabilità non solo *non* è interesse giustiziabile, ma non è neanche *competenza* della legge elettorale assicurarne la realizzazione: «*non è funzione dell'assemblea* [*eletta con una certa formula*] *ma responsabilità dei partiti politici assicurare la governabilità*»[50].

La governabilità è un attributo del sistema politico, non assicurabile giuridicamente e in conseguenza configurabile come «*"obbligazione di risultato" del sistema dei partiti* [*e non*] *una condizione giuridica di funzionamento degli organi costituzionali democratici*» perché, a intenderla diversamente, si finisce per ritenerla non «*condizionata sul piano giuridico dalle garanzie costituzionali della rappresentanza e del pluralismo*». Da qui si approda a una conclusione notevole: «*La ricerca a tutti i costi della governabilità non può che portare verso l'autoritarismo*» perché si accederebbe a una lettura in base alla quale la rappresentanza pluralistica parlamentare è «*inutile in quanto inefficiente*», proprio come si dice e si ritiene nelle c.d. post-democrazie[51].

Forse queste feroci critiche sono esagerate, se si considera che c'è chi scorge, invece, nella sentenza n. 35/2017, la prescrizione di «*garantire*» la rappresentatività[52] e chi, addirittura, vi legge una rappresentatività gerarchicamente sovraordinata a qualsiasi valutazione sulla governabilità[53].

In ogni caso l'idea che la governabilità sia un valore equivalente alla rappresentatività si fa ugualmente strada in dottrina, anche tra i maggioritaristi[54]. Non si spengono le voci di chi ribadisce l'assenza di un appiglio di diritto costituzionale

---

[49] R. DICKMANN, *La Corte costituzionale trasforma l'Italicum*, cit., 16.

[50] *Ibidem*, 26, nota n. 23.

[51] Per tutti i corsivi, *ibidem*, 29-30.

[52] L. TRUCCO, *"Sentenza Italicum": la Consulta tra detto, non considerato e lasciato intendere*, in *Consulta Online*, 1/2017, 173 [«*Ma le cose si complicano ulteriormente se si considera che, a voler dare una lettura rigorosa della "Sentenza Italicum" i sistemi di elezione dovranno dimostrarsi in grado non solo di «favorire», ma altresì di «garantire» la rappresentatività dei due rami del Parlamento* (…)*, con le ricadute che potranno derivarne sul versante della cd. "governabilità"*»].

[53] S. CECCANTI, *I sistemi elettorali*, cit., 4 [«*La Corte trova il tempo per due altre riflessioni anch'esse opinabili: ci sarebbe una gerarchia di fini tra rappresentatività che andrebbe "primariamente" tutelata rispetto alla governabilità: ma in una forma di governo con rapporto fiduciario, in cui quindi la tenuta del continuum maggioranza-Governo è garanzia al tempo stesso sia di rappresentanza sia di governabilità cosa può significare questo nella scelta delle formule? E poi, al fine di salvare il doppio turno per l'elezione dei sindaci nei comuni medio-grandi, si sottolinea la differenza rispetto a quel livello di governo "ben diverso dalla forma di governo parlamentare prevista dalla Costituzione a livello nazionale". Le differenze però sono varie, a cominciare dal tipo di rapporto fiduciario: quali sarebbero superabili da altri tipi di ballottaggio e quali no? Le conseguenze non sembrano chiare ed evidenti*»].

[54] A. MORRONE, *Dopo la decisione sull'"Italicum": il maggioritario è salvo, e la proporzionale non è un obbligo costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, 6 («[*La*] *determinazione* [*di meccanismi maggioritari*] *spetta alla politica-legislativa, nel rispetto del limite generalissimo di proporzionalità-bilanciamento tra le esigenze, ritenute correttamente di eguale pregio costituzionale, della rappresentanza e della governabilità*»). Si è vista la precedente convinzione di Ceccanti, sul rilievo sovraordinato che la Corte costituzionale avrebbe invece riservato alla rappresentatività (v. nota n. 46).

[55] A. ALBERTI, *Discrezionalità del legislatore v. bilanciamento tra rappresentatività e governabilità. Una critica alla sent. n. 35 del 2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 5/2017, 3.

positivo[55], ma in generale si trova un nuovo punto di concordia unanime: è percorribile e va rintracciato un bilanciamento tra la governabilità e la rappresentatività.

Non è unanime, si è visto, la definizione di governabilità: resiste la tesi secondo la quale non è un principio costituzionale ma, al più, un'esigenza pratica, politica; resiste pure la tesi secondo la quale, invece, anche se la Corte costituzionale la qualifica «obiettivo» è comunque da ritenersi un principio[56]. Anzi questa prospettazione avanza: si arriva a scrivere che non è consentito introdurre «*sistemi iper-rappresentativi*» come i proporzionali puri, perché «*irragionevolmente orientati a comprimere in modo eccessivo*» la governabilità[57].

Anche senza arrivare a sostenere posizioni di questo tenore, larga parte della dottrina concorda nel ritenere che il controllo costituzionale sulla governabilità consista in un bilanciamento. Con ciò gli studiosi riconoscono, implicitamente, un controllo più sfumato e meno penetrante alla Consulta[58], forse addirittura riconosciuto espressamente come incerto[59], o comunque difficilmente prevedibile[60] e quindi in definitiva scarsamente indicativo per il legislatore[61]. Anche per questo la Corte costituzionale si espone all'accusa di far ricorso a una categoria «*vaga ed eterea*» quando àncora il suo sindacato alla manifesta irragionevolezza della disciplina elettorale[62].

In ultima istanza, come definire la governabilità?

A prima vista è difficile discordare con chi la considera un valore distante dal tessuto giuridico. La governabilità non è solo sprovvista di un esplicito aggancio di diritto positivo, ma resta comunque un dato politico che dipende da elementi non controllabili dalla legge. Anche la scienza politica ammette l'incapacità dei meccanismi giuridici nel garantire la governabilità: lo dimostra la citata analisi di Sartori, che impone di considerare variabili partitico-politiche, indipendenti dalla disciplina elettorale, per valutare influenze ed effetti dei vari sistemi elettorali[63].

---

[55] A. ALBERTI, *Discrezionalità del legislatore v. bilanciamento tra rappresentatività e governabilità. Una critica alla sent. n. 35 del 2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 5/2017, 3.

[56] *Ibidem*, spec. 4-5: «*il principio della rappresentatività, da un lato, e* quello *della stabilità/governabilità*».

[57] *Ibidem*, 7. L'Autrice nega che la rappresentatività sia valore sovraordinato alla governabilità, come invece ritiene A. RUGGERI (*La Corte alla ricerca di un accettabile equilibrio*, cit.), e per questo dubita che questo argomento «*sia efficacemente spendibile al fine di giustificare un sistema elettorale che, in nome del principio della rappresentatività, comprimesse in misura eccessiva (e quindi irragionevole) l'obiettivo costituzionale della governabilità*» (A. ALBERTI, *Discrezionalità v. bilanciamento*, cit., 7, nota 16).

[58] Tra i numerosi, per la concisione: R. BIN, *La Corte ha spiegato, nulla è cambiato*, in *LaCostituzione.info*, 10 febbraio 2017.

[59] F.S. MARINI, *La ragionevolezza come parametro incerto*, cit.

[60] B. CARAVITA, *La riforma elettorale*, cit., 5 («*Difficile poi costruire parametri per la ragionevolezza del premio*»).

[61] R. DICKMANN, *La Corte costituzionale trasforma l'Italicum*, cit., 6 («[*La Corte*] *comunque non ha realmente fornito indicazioni al legislatore futuro per cambiare modello*»).

[62] F.S. MARINI, *La ragionevolezza come parametro incerto*, cit., 2-3, che si esprime così: «*ho sempre manifestato, infatti, un certo scetticismo* [*contro il canone di ragionevolezza*] *forse perché ho sempre avuto fiducia nel fatto che il legislatore tenda a ragionare quando esercita le sue funzioni*».

[63] G. SARTORI, *Le «leggi» sull'influenza dei sistemi elettorali*, cit.

È pur vero, tuttavia, che i principi costituzionali non si possono bilanciare con beni *non* costituzionalmente protetti[64]. Questo assunto determina, agli occhi di alcuni, una conseguenza impegnativa: la governabilità sarebbe «*obiettivo previsto in Costituzione*» e quindi «*un fine vincolante per il legislatore*»[65].

Una conclusione eccessiva: così ragionando si potrebbe dubitare della costituzionalità di *ogni* sistema elettorale in uso per le elezioni politiche, dal 1948 al 2017, perché nessuno «*sarebbe stato in grado di assicurare un corretto bilanciamento tra rappresentatività e stabilità*»[66]. Inevitabili le conseguenze di questa linea di pensiero: *sic stantibus rebus*, «*ci sarà ben poco spazio per la discrezionalità legislativa*». Invece, se questa davvero esistesse, «*allora non potrebbe esserci spazio per il tipo di giudizio di ragionevolezza*» seguito dalla Corte costituzionale. Recisamente: «*Tertium non datur*»[67].

Questa posizione non sembra condivisibile.

Quand'anche la governabilità assurgesse al rango di principio costituzionale, certo non si svestirebbe della sua natura politica: non smetterebbe di essere incoercibile e quindi di dipendere dalle condizioni partitico-politiche del Paese, che soltanto il Parlamento ha titolo ad apprezzare nell'esercizio della sua discrezionalità legislativa.

La scelta su quali meccanismi siano necessari a valorizzarla spetta al legislatore: e ben può il legislatore optare per un sistema proporzionale, che di per sé, in presenza di «*una strutturazione sistemica particolarmente forte*», non è in grado di scardinare un formato partitico preesistente strutturato, e così "governabile"[68].

In altre parole: anche se la governabilità fosse un *principio* costituzionale e per di più un fine vincolante per il legislatore, il legislatore resterebbe libero di scegliere come e in che modo perseguirla. Il "governabile" è un concetto politicamente determinabile, e non un sinonimo di "correttivo maggioritario". Dunque, il controllo di ragionevolezza e la libertà (*rectius:* discrezionalità) del legislatore non sono affatto in contraddizione. Si tratta di concetti che possono coesistere: il sindacato di legittimità costituzionale riguarda la ragionevolezza del bilanciamento, che, come s'è appena visto, può essere scelto tra i più vari e diversi.

---

[64] A. ALBERTI, *Discrezionalità del legislatore*, cit., 3-4 [«*Ma pur nell'assenza di regole costituzionali dirette a razionalizzare in modo forte il rap-porto tra esecutivo e legislativo, tuttavia si potrebbe ipotizzare che la stabilità governativa sia comunque un fine che il legislatore potrebbe legittimamente perseguire: un'indicazione in tal senso proviene dalla giurisprudenza costituzionale che infatti definisce tale fine come un «obiettivo costituzionalmente legittimo». Da questa formula si evince che la Costituzione non ostacolerebbe il suo perseguimento, ma non che il legislatore sia tenuto a perseguirlo. Sennonché la Corte costituzionale ha sempre escluso che i principi costituzionali (quali sarebbero la rappresentatività e l'uguaglianza del voto) possano essere limitati, bilanciati in nome di beni privi di radicamento costituzionale. E difatti, i giudici costituzionali, quasi a voler schivare quest'obiezione, qualificano la stabilità anche come «obiettivo di rilievo costituzionale», con ciò facendo intendere che si tratterebbe di un bene provvisto di rango costituzionale, che potrebbe legittimamente bilanciare altri beni costituzionali*»].

[65] *Ibidem*.

[66] *Ibidem*, 7.

[67] *Ibidem*, 8.

[68] G. SARTORI, *Le «leggi» sulla influenza dei sistemi elettorali*, cit., 31.

In ogni caso, è difficile accedere alla ricostruzione giuridica della governabilità alla base di questo ragionamento: non solo un *principio* costituzionale, ma addirittura *fine vincolante* per il legislatore.

Anzitutto, già chi avanza questa tesi sembra cosciente del fatto che la razionalizzazione del parlamentarismo italiano è debole e che, se pure l'ordine del giorno Perassi sollecitava l'adozione di correttivi contro le sue degenerazioni, «*invero di questi meccanismi non c'è traccia*» in Costituzione[69]. Non vi è una norma espressa che impone di perseguire la governabilità (al punto che si riteneva di doverne introdurre una nel 2005: v. nota n. 40); tutta l'argomentazione della Corte costituzionale (specie nella sent. n. 35/2017)[70] si basa sul riconoscimento della più ampia discrezionalità del legislatore, al punto da indurre alcuni a considerare il principio di rappresentatività un mero «*limite negativo*» alla stessa discrezionalità[71]. Eppure, questa piattaforma argomentativa autorizzerebbe a ricostruire un obbligo stringente in capo al Parlamento perché adotti sempre correttivi maggioritari – i quali fra l'altro non solo *non necessariamente* garantiscono la governabilità, ma si è visto che non sono neanche sempre necessari a garantirla.

Peraltro, occorre ricordare che l'Assemblea costituente espresse la sua preferenza per l'adozione di un sistema elettorale proporzionale, prima in Seconda sottocommissione, e poi, con l'ordine del giorno Giolitti, anche in Assemblea[72]. Sostenere che la Costituzione imponga l'adozione di correttivi maggioritari è, oltre che incoerente sul piano teorico, anche infondato a livello storico.

Più correttamente si può accedere a un'altra ricostruzione. Definire la governabilità un'esigenza sistemica può certo condurre a ritenerla anche un'*aspirazione* del sistema, un'esigenza tecnico-pratica. Così può spiegarsi perché questo «obiettivo» politico, incoercibile giuridicamente, sostenga interventi limitativi della rappresentatività dell'assemblea parlamentare. Non spetta alla Corte costituzionale stabilire se questi interventi siano *opportuni* o meno (p.e. se adottare il maggioritario uninominale è la scelta storicamente corretta per ridurre la frammentazione politica): le compete invece lo scrutinio di proporzionalità nel sacrificio della rappresentatività.

Viceversa non ha consistenza il ragionamento *a contrario*: è teoricamente infondata l'idea che la rappresentatività cospiri contro la governabilità, e quindi che siano valori antitetici, perché la governabilità in certi casi si può mantenere anche in presenza della massima rappresentatività. Quali siano questi casi è valutazione sul sistema partitico, che tocca al legislatore, e solo al legislatore.

---

[69] A. ALBERTI, *Discrezionalità del legislatore*, cit., 3.

[70] R. DICKMANN, *La Corte costituzionale trasforma l'Italicum*, cit., 3 [«*Nella sentenza si coglie una chiara prudenza della Corte, che in taluni casi può apparire forse eccessiva, a non sostituirsi al legislatore con pronunce manipolative del testo sottoposto a scrutinio. La Corte ha ritenuto in proposito di riconoscere al legislatore "ampia discrezionalità nella scelta del sistema elettorale che ritenga più idoneo in relazione al contesto storico-politico in cui tale sistema è destinato ad operare", limitando la propria competenza ad accertare i soli "casi nei quali la disciplina introdotta risulti manifestamente irragionevole" (punto 6 in diritto)*»].

[71] A. MORRONE, *Dopo la decisione sull'Italicum*, cit., 3-4.

[72] Assemblea Costituente. Assemblea, *Resoconto stenografico*, 239ª Seduta, martedì 23 settembre 1947, p. 441.

In sintesi, non sembrano sussistere valide ragioni giuridiche per ricostruire la governabilità in termini di *principio* costituzionale. Tantomeno appare plausibile la tesi, in virtù della quale la governabilità andrebbe intesa come legittimità della correzione maggioritaria.

Peraltro, questa linea di pensiero confonde i confini e la natura del sindacato di legittimità costituzionale. Se la correzione maggioritaria non è semplicemente possibile in senso materiale, ma addirittura *imposta* dalla Costituzione, allora anche la disuguaglianza del voto *in uscita* (che ne è la mera traduzione matematica) è un valore costituzionale. Con l'assurdo risultato che o è vietato garantire l'uguaglianza in uscita del voto (perché bisogna pur sempre obbedire al principio di governabilità), o è precluso un sindacato di legittimità costituzionale, che altrimenti finirebbe per confondersi totalmente con il merito delle scelte di politica del diritto.

Si potrebbe ritenere che la governabilità-principio vada intesa in termini politici e non tecnici: non è imposto dalla Costituzione adottare correttivi maggioritari, bensì disegnare sistemi elettorali che, storicamente, avvantaggiano la stabilità politica. Tuttavia, una simile ricostruzione appare inadeguata *ictu oculi*. In primo luogo, è un concetto generico, che difficilmente può vulnerare sistemi elettorali particolarmente rappresentativi. In seconda istanza, anche in questo caso l'oggetto del controllo giurisdizionale si confonde con il merito della politica legislativa.

Si può invece ritenere che la governabilità sia un *interesse pubblico* che il Parlamento persegue tramite la disciplina elettorale nell'esercizio della propria discrezionalità. Questo interesse pubblico, a detta della Corte costituzionale, si deve rapportare con il principio di rappresentatività. Questo principio sussiste a garanzia del diritto fondamentale di voto assegnato a ogni cittadino (art. 48 Cost.) e della funzione essenziale di rappresentanza politica nazionale delle Camere (art. 67 Cost.). L'eventuale intervento distorsivo sulla rappresentatività deve cedere il passo quando rischia di alterare il circuito democratico. Questa valutazione è, in senso giuridico, maggiormente determinabile. *In primis*, concentra l'attenzione del giudice sulla protezione del diritto al voto: la disuguaglianza in uscita, sotto questa prospettiva, non è più uno strumento neutro, ma si presenta immediatamente come potenziale mezzo di lesione del suffragio. La disciplina elettorale non entra in crisi perché *sbilanciata* (valutazione che può sembrare orientata politicamente): si appalesa incostituzionale quando incide sul diritto individuale. In secondo luogo, anche l'analisi sistemica trascolora verso campi meno politicizzati. Ciò che i giudici sono chiamati a valutare *non è* la soluzione normativa in sé considerata (col rischio di confondere i confini tra merito e legittimità), ma la sua idoneità a garantire la rappresentatività dell'organo elettivo. Dunque, ciò che rende la disciplina incostituzionale non è il *quantum* in sé considerato di distorsività, ma la sua effettiva capacità di stravolgere i risultati del voto e quindi di indebolire l'autorevolezza della Camera.

In sintesi: il sindacato di costituzionalità sulle leggi elettorali non consiste in una sorta di giudizio sulla qualità della legislazione (per usare un'espressione imprecisa, ma efficace: sul dosaggio di proporzionale e maggioritario), bensì in uno strumento di tutela dei diritti individuali all'uguaglianza e all'effettività del voto.

Dopotutto i diritti esistono per limitare il potere, e lo Stato esiste per garantirli.

Questa conclusione consente di salvare la discrezionalità del legislatore, di salvare anche il controllo di legittimità costituzionale sulle leggi elettorali, di inquadrare la governabilità con una prospettiva che tiene insieme la sua natura eminentemente politica e il suo rilievo costituzionale, di argomentare più compiutamente la ragione che ne sancisce la subordinazione alla rappresentatività, e infine di scardinare l'improprio parallelismo tra le coppie rappresentatività-governabilità e formule proporzionali-maggioritarie.

4. *L'insufficienza del* test *di (manifesta) ragionevolezza*

La Corte costituzionale ha sostenuto posizioni oscure sulla natura del sindacato di legittimità costituzionale sulle leggi elettorali.

La disciplina elettorale è «*sempre censurabile* (…) *quando risulti manifestamente irragionevole*».

Eppure, il canone di giudizio che si deve spendere deve compiersi «*alla luce della proporzionalità dei mezzi scelti* (…) *rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che* [*il legislatore*] *intende perseguire*». Ancora più chiaramente, la Corte costituzionale sostiene di dover fare ricorso al «*test di proporzionalità*»[73]. Un orientamento che consente decisioni assai più larghe, rispetto al criterio di manifesta irragionevolezza.

Pochi anni dopo, la Consulta afferma di essersi sempre riservata in materia elettorale «*una possibilità di intervento limitata ai casi nei quali la disciplina introdotta risulti manifestamente irragionevole*» (e qui richiama la sent. n. 1/2014). «*Ma resta salvo il controllo di proporzionalità riferito alle ipotesi in cui* [*un correttivo distorsivo*] *determini una tale distorsione della rappresentatività da comportarne un sacrificio sproporzionato*»[74]. Anche il ballottaggio previsto dall'Italicum non è disciplina manifestamente irragionevole ma «*sproporzionata*»[75].

Nihil sub sole novi: la confusione tra i criteri di ragionevolezza e proporzionalità è cronica nella giurisprudenza della Corte costituzionale[76].

Tuttavia, bisogna ritenere che qualcosa abbia inteso dire la Consulta, nel momento in cui ha aggiunto (più volte) l'aggettivo «manifesta», e che ciò abbia una qualche ricaduta giuridica sui limiti del sindacato di costituzionalità.

Cosa deve intendersi per «manifesta» ragionevolezza? Questa forma ridotta di controllo consente di lasciar passare *cosa* attraverso le sue maglie più larghe?

---

[73] Tutti i virgolettati sono ripresi da Corte cost., sent. 1/2014, cit., §3.1 del *Considerato in diritto*.

[74] Tutti i virgolettati sono ripresi da Corte cost., sent. 35/2017, cit., §6 del *Considerato in diritto*.

[75] *Ibidem*, §9.2 del *Considerato in diritto*.

[76] M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Conferenza trilaterale delle Corte costituzionali italiana, portoghese e spagnola*. Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, 2: «*è bene sottolineare che la Corte costituzionale italiana non opera alcuna distinzione tra principio di ragionevolezza e principio di proporzionalità, i quali sono spesso usati in modo del tutto fungibile l'uno rispetto all'altro*».

Occorre far luce sul concetto medesimo di canone di ragionevolezza, in genere ricostruito in due diverse sfumature. Anzitutto, come «*sinonimo particolarmente di* razionalità*,* logica*,* coerenza*,* congruità*. In tali ipotesi spesso la Corte àncora il sindacato di ragionevolezza alla* ratio legis*, il che le consente di esplicare il suo giudizio* (…) *senza sovrapporre le proprie scelte a quelle del legislatore*». Ma la Consulta utilizza il termine anche in un secondo significato: «*la necessità di operare un bilanciamento tra due o più principi*»[77].

Queste due sfumature del test di ragionevolezza non sembrano essere l'una più restrittiva dell'altra. È vero che il primo significato consente alla Corte costituzionale di non sovrapporsi al Parlamento. Ma è anche vero che, se il controllo sulle leggi elettorali si fosse limitato solo alla *ratio legis*[78] non avrebbe avuto senso evocare un bilanciamento assai controverso e spinoso tra governabilità e rappresentatività, come invece la Consulta ha ritenuto di fare.

Forse la Corte costituzionale intende riallacciarsi alla giurisprudenza internazionale che in realtà ha una concezione assai diversa del criterio di ragionevolezza, ovverosia quella del c.d. «*Wednesbury test*»[79]?

Ma non sembra che la Consulta intendesse questo. Non solo la Corte costituzionale si è spinta assai in là nei suoi giudizi, ben oltre la mera assurdità della disciplina[80]: la Corte ha anche esplicitamente sostenuto più volte l'uso del *test* di

---

[77] E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2018, 337-338 [«*Il riferimento al concetto di ragionevolezza, da parte della Corte costituzionale, viene operato almeno in due differenti significati, il primo dei quali, in più stretto legame con il suddetto art. 3* [*Cost*.], *appare come sinonimo particolarmente di* razionalità*,* logica*,* coerenza*,* congruità*. In tali ipotesi spesso la Corte àncora il sindacato di ragionevolezza alla* ratio legis*, il che le consente di esplicare il suo giudizio mantenendosi nei limiti fissati dall'ordinamento, senza sovrapporre le proprie scelte a quelle del legislatore. In un secondo significato la Corte si è riferita alla ragionevolezza in una accezione del termine più vicina al concetto di bilanciamento, equilibrio, contemperamento, nel senso della necessità di operare un bilanciamento tra due o più principi, tutti riconosciuti a livello costituzionale, ma che, nella specie, non appaiono suscettibili di essere congiuntamente realizzati. I caratteri ed i contorni della nozione di ragionevolezza finiscono pertanto per essere al-quanto sfuggenti* (…). *Proprio il carattere indefinito della nozione ha fatto temere una sovrapposizione della razionalità della Corte a quella del legislatore, con il rischio di trasformare la prima in un "senato della buona legislazione"* (…), *al di fuori di quello che è il proprio ruolo istituzionale*»].

[78] Non si nega né si dimentica che la Corte ha espressamente sostenuto che i correttivi maggioritari appaiono sproporzionati proprio perché contraddicono la *ratio* della legge elettorale "manifestamente" proporzionale.

[79] M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Conferenza trilaterale delle Corte costituzionali italiana, portoghese e spagnola*. Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, 3 [«*Nei paesi anglosassoni, si incontra il principio di ragionevolezza, come criterio di giudizio minimale, di impatto assai circoscritto, da usarsi con misura, cautela e circospezione di fronte alla discrezionalità legislativa, solo in quei casi in cui sia necessario intervenire per rimuovere una legislazione così estremamente e manifestamente irragionevole da apparire tale a qualunque persona sensata. Secondo tale criterio, elaborato nella tradizione inglese secondo il cosiddetto Wednesbury test, una determinazione pubblica è irragionevole quando contiene qualcosa di così assurdo che nessuno penserebbe mai che possa rientrare nei poteri di una pubblica autorità*»]. Si noti che l'Autrice era giudice della Corte sia al momento della prolusione, sia nelle occasioni in cui il giudice delle leggi ha dichiarato l'incostituzionalità delle leggi elettorali nazionali.

[80] Tra le numerose censure di incostituzionalità ve ne era una che colpiva la normativa, chiaramente assurda, dei premi di maggioranza regionalizzati del Porcellum (della quale si evidenziava pure l'«*inidoneità della* [*disciplina*] *al raggiungimento dell'obiettivo perseguito*»: Corte cost., sent. 1/2014,

proporzionalità. Certo, si tratta di un controllo assai meno articolato e compiuto rispetto al *test* di proporzionalità in uso nelle altre Corti costituzionali[81], ma comunque un deciso passo in avanti rispetto al Wednesbury test appena esposto.

Una sorta di controllo di proporzionalità ridotto si trova in uso in Francia[82]. Nonostante la ben nota differenza che corre tra la Corte costituzionale italiana e il Consiglio costituzionale francese, potrebbe essere questa la dimensione del controllo che i nostri giudici hanno ritenuto e ritengono di dover seguire.

Certo si tratta di una posizione assai meno rigorosa di quella adottata dal Tribunale costituzionale tedesco. Il che è curioso perché la Consulta al *Bundesverfassungsgericht* si è richiamata nello stigmatizzare l'incostituzionalità del Porcellum (§3.1 del *Considerato in diritto* della sent. n. 1/2014). In Germania i giudici di Karlsruhe hanno fornito al legislatore «*direttive ed orientamenti ben precisi*» sulla clausola di sbarramento e hanno maturato «*una vera e propria formalizzazione dell'uguaglianza elettorale alla stregua di una rigorosa e formale uguaglianza*»[83].

Comunque, la questione non si esaurisce nell'aderire all'interpretazione francese, anziché a quella tedesca, o viceversa.

La questione del criterio di giudizio è spinosa perché getta confusione sui confini di costituzionalità delle leggi elettorali e non spiega, fino in fondo, quale sia il limite oltre il quale il legislatore non può spingersi. La posizione di Roma è intermedia tra i due ordinamenti stranieri citati: a Parigi si ritiene che un controllo sulle leggi elettorali non consenta di valorizzare l'eguaglianza del voto in uscita[84]; a Berlino si sostiene l'esatto contrario (se si opta per il proporzionale). Qui invece si sostiene che il voto in uscita, in un qualche senso (non ben precisato), abbia un suo valore costituzionalmente rilevante. Però si ritiene anche che il controllo sulla legge elettorale debba limitarsi a ipotesi manifestamente irragionevoli. La posizione non arride affatto alla certezza del diritto: «*il criterio proposto dalla Corte pare di agevole utilizzazione solo per i casi estremi*» e arriva a ledere l'autorevolezza della Corte costituzionale e la legittimazione delle sue decisioni («*i margini di opinabilità del giudizio di non eccessiva distorsività sembrano davvero ampi*»)[85]. E la critica non è isolata nel panorama accademico.

---

cit., §4 del *Considerato in diritto*). Ma molte altre censure delle due sentenze si deploravano evidentemente per difetto di proporzionalità.

[81] M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità*, cit., 4-8.

[82] P. PASSAGLIA, *I "premi di maggioranza"*, cit., 12-13 [«*Volendo proporre un bilancio della giurisprudenza del Conseil* [*constitutional*] *in materia di misure premiali (e di soglie di sbarramento), appare innanzitutto chiaro che in materia elettorale predomina il margine di apprezzamento del legislatore sul controllo del giudice costituzionale. Quest'ultimo effettua il c.d. controllo di proporzionalità ridotto (*contrôle restreint*), ovvero un controllo che si limita a sanzionare le sole sproporzioni manifeste. La formazione di una maggioranza stabile è per il Conseil un obiettivo di interesse generale, e il controllo del rispetto di principi costituzionali come il pluralismo politico non giustifica una sanzione se non nel caso di una sua lesione manifestamente eccessiva*»].

[83] *Ibidem*, 15.

[84] *Ibidem*, 13 («*L'eguaglianza del voto deve essere intesa come una "eguaglianza di mezzi" e non di risultati*»). Il punto è centrale: la manifesta sproporzione è richiesta proprio perché non serve realizzare alcuna uguaglianza in uscita del voto. Per la Corte costituzionale italiana, invece, questo principio assume tangibilità giuridico-costituzionale, perlomeno quando si opta per il sistema proporzionale.

[85] G. LODATO, S. PAJNO, G. SCACCIA, *Quanto può essere distorsivo il premio di maggioranza?*, cit., 3.

Per esempio si trova una seria preoccupazione sul ruolo della Corte costituzionale e sui modi con i quali deve svolgerlo nelle riflessioni di Vincenzo Tondi della Mura che ritiene la Consulta stretta dalla «*costante preoccupazione di* dire troppo *o* troppo poco» perché da un lato rischia di «*svuotare di contenuto la politicità delle scelte legislative, sino a mettere a repentaglio la discrezionalità del legislatore*», ma dall'altro il pericolo è di «*lasciare indiscriminate le successive scelte di politica elettorale, sino a mettere a repentaglio la legittimità costituzionale della conseguente disciplina una volta rese vaghe le linee di sviluppo rimesse alla discrezionalità legislativa*»[86].

Altri hanno sostenuto che dalla sentenza n. 35/2017 in particolare risulti «*una delimitazione del ruolo del giudice delle leggi, il cui sindacato non verte sulla legge elettorale politica in quanto tale, risultando invece incentrato sull'impatto del (solo) sistema elettorale del Parlamento (solo) sul voto individuale*». Ma se questa argomentazione permette di rallegrarsi del fatto che la Consulta con ciò persegue un «*adeguamento del livello minimo essenziale della strumentazione di cui sono dotate, ormai da tempo, le Corti supreme (anche) europee*» e quindi non solo di rafforzare la legittimazione del ruolo della Corte, ma anche di riallineare il nostro ordinamento «*a quanto avviene in seno alle democrazie maggiormente consolidate*»[87], allora pare urgente formalizzare un *test* di ragionevolezza (o di proporzionalità) in materia elettorale.

Non manca chi suggerisce formalizzazioni per l'intero lavoro della Corte[88]. Uno sforzo del genere sembra maggiormente utile, urgente e necessario in materia elettorale, proprio per la sua delicatezza. Si dovrebbe prendere atto che l'attuale *test* di manifesta ragionevolezza della normativa elettorale è insufficiente ad assicurare non solo la legittimazione e l'autorevolezza degli interventi della Corte costituzionale in questo campo (e già questo basterebbe a consigliarne la dismissione), ma soprattutto a garantire la certezza del diritto e la chiarezza delle direttive al legislatore (peraltro sul tema più scottante di tutti: la stessa legittimazione democratica del Parlamento).

---

[86] V. TONDI DELLA MURA, *Ma la discrezionalità legislativa non è uno* spazio vuoto. *Primi spunti di riflessione sulle sentenze della Consulta n. 1/2014 e n. 35/2017*, in *Diritti fondamentali*, 1/2017.

[87] Per tutti i virgolettati del capoverso: L. TRUCCO, *"Sentenza Italicum"*, cit., 155-156.

[88] M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità*, cit., 7-8 [«Per certi aspetti potrebbe apparire poco rilevante che la giurisprudenza italiana risponda a una tale formalizzazione dello standard della proporzionalità: dopo tutto, ciò che conta è l'*an*, più del *quomodo*. Significativo, si potrebbe dire, è che la Corte effettui un tale tipo di sindacato, mentre più trascurabile è la forma che esso assume. Tuttavia, volendo far tesoro di quanto già sperimentato da altre Corti costituzionali, occorre prendere atto che la formalizzazione di uno standard di giudizio predeterminato nelle valutazioni della proporzionalità non è privo di conseguenze. La predeterminazione dei paradigmi di giudizio ha un rilievo, anzitutto, sul piano *della valutazione e della deliberazione*, perché esso agevola il lavoro della Corte e le imprime una maggiore coerenza; incide altresì sul piano *dell'argomentazione*, favorendo una motivazione ordinata e persuasiva; e agisce, infine, sul piano *della legittimazione* della Corte, spesso sospettata – specialmente nell'ambito dei giudizi di ragionevolezza e proporzionalità - di travalicare i con-fini delle scelte giurisdizionali per sconfinare nell'ambito del merito politico, tanto che la Corte costituzionale italiana in più di un'occasione ha ritenuto di dover affrontare esplicitamente il problema, sottolineando la differenza tra giudizio di ragionevolezza e scelte di opportunità politica del legislatore. L'elaborazione di canoni di giudizio chiari e chiaramente esplicitati alimenta la coerenza, la prevedibilità e la controllabilità delle decisioni, attraverso la motivazione, consolidando l'autorevolezza del giudice delle leggi e ponendolo al riparo dalla sovraesposizione politica»].

Occorre abbandonare l'incerto criterio di ragionevolezza-proporzionalità[89] con cui la Consulta ha finora giudicato le leggi elettorali, per cercare di elaborare *test* più precisi con cui saggiare la legittimità costituzionale delle leggi elettorali.

Questo non significa porre limiti più stringenti al legislatore, bensì *limiti più chiari alla stessa Corte*. Nulla vieta di codificarne di rispettosi abbastanza della deferenza che il giudice delle leggi intende dimostrare alla discrezionalità del legislatore.

Per usare un'immagine, è necessario spostarsi da un controllo di manifesta ragionevolezza a un controllo di manifesta proporzionalità: soltanto le lesioni che contraddicono una serie di criteri generali e ben chiari consentirebbero declaratorie di incostituzionalità, con effetti benefici sulla serenità sia di chi legifera sia di chi poi è chiamato a giudicare quella legislazione.

Questo non impone alla Corte costituzionale di seguire il *test* di proporzionalità in uso alle altre Corti internazionali. Certamente la Corte potrà fabbricarsi in proprio una serie di criteri speciali appositamente per il sindacato di legittimità costituzionale della disciplina elettorale italiana. Però non si può transigere su un'elaborazione rigorosa, auspicabilmente assistita dalla dottrina, che permetta di recuperare margini di certezza del diritto e di legittimazione politica d'intervento della Corte costituzionale.

5. *Le esigenze da bilanciare*

Elaborare una serie di criteri di proporzionalità ai quali le leggi elettorali devono obbedire è un modo per definire chiaramente il «*vincolo del minor sacrificio possibile*» degli interessi in gioco[90]. Quel che è importante comprendere è quali sono questi interessi in gioco, tra tutte le varie pieghe del diritto elettorale.

Il principio di rappresentatività e l'interesse della governabilità non sono *avatar* giuridici dietro i quali si nascondono le formule elettorali proporzionali e maggioritarie. Nella pratica, la rappresentatività e la governabilità possono assumere forme diversissime e scontrarsi tra loro in modo inedito. È la governabilità, in particolare, a manifestarsi di volta in volta in vesti e sfumature sempre nuove, a seconda del contesto politico.

Se il bilanciamento tra i due beni consente un sacrificio di rappresentatività perché si guadagni una quota di governabilità, e cioè consente una *distorsione* dell'uguaglianza del voto in uscita per conseguire un certo *effetto* politico, allora questo bilanciamento si colora di significati diversi a seconda dell'effetto perseguito dalla disciplina.

In generale, alla distorsione si possono (provare a) collegare due effetti diversi.

In primis, l'effetto selettivo: cioè la capacità, propria del sistema elettorale, di assegnare all'elettore il potere di individuare «*attraverso il voto per il singolo*

[89] La Corte costituzionale utilizza i due termini in chiave sinonimica: *ibidem*, 2.
[90] Corte cost., sent. 1/2014 cit., §3.1 del *Considerato in diritto*.

candidato, soprattutto (…) *il colore politico del governo*»[91]. In altri termini, la governabilità è valore che consente di distorcere il voto allo scopo di facilitare la nascita di maggioranze politiche stabili. La legge elettorale s'incarica di razionalizzare il parlamentarismo, attenuando il ruolo di sintesi e intermediazione politica delle Camere, grazie alla formazione di maggioranze abbastanza ampie da non rischiare giorno per giorno la dissoluzione. In definitiva, la governabilità corrisponderebbe alla stabilità di governo. Poiché i sistemi elettorali sono strumenti tendenzialmente "ciechi", ovverosia incapaci di valutare politicamente i risultati che devono elaborare, è necessario completarli con correttivi espliciti per conseguire il risultato. L'istituto principe, in questo caso, è il premio di maggioranza (in tutte le sue forme).

In seconda istanza, si può intendere l'effetto riduttivo (per dirla con Sartori). In tal caso l'obiettivo è ottenere la riduzione dei partiti «*rilevanti*» (cfr. nota n. 7): la formula elettorale contribuisce a eliminare o a indebolire i partiti minori, *semplificando* il quadro politico, inducendo aggregazioni di soggetti simili, *ammorbidendo* le formazioni più intransigenti. Secondo questa impostazione, per governabilità dovrebbe intendersi proprio la semplificazione del sistema dei partiti. La distorsione desiderata, in questo caso, potrà essere perseguita ricorrendo a vari istituti: anzitutto, le soglie di sbarramento esplicite e la dimensione delle circoscrizioni elettorali.

Si consideri, innanzitutto, la prima concezione: la governabilità come *stabilità*.

Questo orientamento emerge con una certa frequenza nelle due sentenze costituzionali sulle leggi elettorali nazionali. Nel dibattito pubblico, questa identificazione gode di nota e trasversale condivisione.

Tuttavia, in dottrina non sono mancate voci critiche sulla questione. *Governabilità* non dovrebbe essere intesa, a detta di alcuni, come mera stabilità dovuta all'ampiezza della maggioranza. Dovrebbe invece essere intesa come un concetto più elaborato, che riguarda sia la capacità inclusiva dell'azione di governo sia una sorta di "capacità di governo", di impermeabilità alle pulsioni demagogiche e quindi di selezione dei bisogni (*rectius:* delle richieste) provenienti dal corpo sociale[92]. Questa ricostruzione impedisce di ridurre la governabilità a carattere di per sé manovrabile dalla legge elettorale, che invece avrebbe un ruolo centrale nel *favorire* la stabilità di governo tramite la formazione di maggioranze ampie.

Ciononostante, la maggioranza degli studiosi non condivide questa impostazione e si interroga su quali siano i limiti entro i quali è possibile distorcere il risultato del voto, allo scopo di dare al Paese una maggioranza ampia (e sperabilmente perciò stabile).

Gli strumenti più usati per favorire o garantire la nascita di una maggioranza sono, in Italia, il premio di maggioranza e il secondo turno di ballottaggio (anche combinati). I due dispositivi consentono di distorcere il risultato elettorale *esplicitamente* a favore di questa o quella opzione politica, e consegnarle una maggioranza in assemblea. Notevoli i vantaggi che generano (anzitutto la *prevedibilità* del risultato elettorale, poiché di certo

[91] A. RACCA, *I sistemi elettorali sotto la lente costituzionale*, Milano, 2018, 20. L'Autore osserva conseguentemente che: «*I descritti effetti distorsivi prodotti dal sistema* plurality *verrebbero perciò giustificati dal fatto che esso rappresenterebbe uno dei fattori di stabilità delle istituzioni britanniche medesime*».

[92] A. RUGGERI, *La Corte alla ricerca di un equilibrio* cit., 2-3.

vi sarà un vincitore; ma anche la *comprensibilità* della dialettica e del gioco delle parti in campagna elettorale). Notevoli, tuttavia, anche le distorsioni che comportano. E perciò, numerosi gli interrogativi ai quali rispondere.

Anzitutto vi è il problema del come e perché trasformare una minoranza in maggioranza: per quale motivo sono costituzionali pure i premi di maggioranza e non solo quelli di governabilità[93]?

Sono costituzionali anche, e se sì in quale misura, i premi di aggregazione[94]?

Dopodiché è importante domandarsi se davvero non esiste risposta alla domanda più importante di questo settore: qual è la «*soglia*» (o il suo metodo di calcolo) costituzionale per l'attribuzione di un certo premio? La Corte costituzionale, infatti, collega la sostenibilità di un premio di maggioranza al raggiungimento di una «*soglia di voti o di seggi*» perché esso possa validamente scattare[95].

Secondo alcuni studiosi, la Consulta «*ben difficilmente, invece, potrebbe accettare di giudicare non più, semplicemente, l'assenza di tale soglia, ma la sua adeguatezza quantitativa*»[96]. Dopotutto mancano appigli quantitativi indiscutibili sulla questione: così c'è anche chi ritiene impossibile percorrere un «*criterio quantitativo*» ed è necessario volgere l'analisi in un «*senso qualitativo*». In altri termini: non è possibile calcolare una soglia minima ragionevole, ma bisogna volta per volta considerare «*la necessarietà, l'idoneità e la proporzionalità*» della distorsione imposta dal sistema[97].

È ragionevole lo scetticismo con cui alcuni esperti guardano al problema e con cui giudicano le possibilità di risolverlo. Tuttavia, una riflessione sull'adeguatezza della soglia minima per far scattare il premio è necessaria. Si tratta del meccanismo che presiede alla stessa legittimità costituzionale del sistema premiale.

---

[93] Secondo Carlo Lavagna, storico proporzionalista, erano ammissibili solamente i «*premi di governabilità*» (cioè quelli che rafforzano una maggioranza assoluta preesistente in natura) e non anche, appunto, i «*premi di maggioranza*» (che convertono una maggioranza relativa, minoranza in termini assoluti, nella maggioranza assoluta in Parlamento): cfr. G. LODATO, S. PAJNO, G. SCACCIA, *Quanto può essere distorsivo il premio di maggioranza?*, cit., 6-7. La posizione è rimasta largamente minoritaria in dottrina. Tuttavia, anche se si ritiene costituzionale la previsione di premi di maggioranza, ciò non implica che i premi di governabilità siano sottratti a controlli di proporzionalità, specie se diretti «*a trasformare, in sostanza, la maggioranza* politica *in maggioranza* costituzionale» (cioè a sfondare i *quorum* di garanzia costituzionale dei due terzi e dei tre quinti): cfr. A. RACCA, *I sistemi elettorali sotto la lente costituzionale*, cit.

[94] Con «*premio di aggregazione*» qui si intende il premio, comunque attribuito, che incrementa la delegazione parlamentare della forza di maggioranza relativa senza assegnarle la maggioranza assoluta. Autorevoli studiosi si esprimono in senso fortemente critico sull'istituto (Caravita, Luciani, Marini, Villone), nel corso delle indagini conoscitive parlamentari (favorevole Morrone): Camera dei deputati. I Commissione (Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni). *Resoconto stenografico. Indagine conoscitiva*. XVII Legislatura. Sed. 2 marzo 2017; ID., *Resoconto stenografico. Indagine conoscitiva.* XVII Legislatura. Sed. 3 marzo 2017.

[95] Corte cost., sent. 1/2014, cit., §3.1 del *Considerato in diritto* [«*Il meccanismo di attribuzione del premio di maggioranza prefigurato dalle norme censurate, inserite nel sistema proporzionale introdotto con la legge n. 270 del 2005, in quanto combinato con l'assenza di una ragionevole soglia di voti minima per competere all'assegnazione del premio, è pertanto tale da determinare un'alterazione del circuito democratico definito dalla Costituzione, basato sul principio fondamentale di eguaglianza del voto (art. 48, secondo comma, Cost.)*»].

[96] N. ZANON, *Fare la legge elettorale "sous l'oeil des russes"*, in *Rivista AIC*, 2/2014, 4.

[97] P. PINNA, *La crisi di legittimazione del governo rappresentativo. Riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014*, in *Osservatorio AIC*, 2014.

Difatti, interrogati nel corso delle indagini conoscitive della Camera dei deputati, i vari studiosi auditi hanno evidenziato i due diversi approcci che la dottrina ha sviluppato sul tema. Due orientamenti dai quali si evince non soltanto una netta diversità di giudizio sulla questione, ma pure il grado di difficoltà dell'enigma.

È il caso di dar conto delle due opinioni.

Una parte dei costituzionalisti auditi al Palazzo di Montecitorio suggerì un metodo 'matematico' di calcolo della soglia valida. L'operazione consiste in questo: mantenere fermo lo *scarto* tra seggi e voti, in favore della forza di maggioranza, validato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 35/2017, e applicarlo invariato a soglie di voti via via inferiori (p.e. collegare il 52% dei seggi al 37% dei voti, il 51 al 36, etc.)[98]. Tuttavia, a ben guardare, questo metodo incorre in due vizi di fondo: *(a)* anzitutto non è affatto vero che garantire lo stesso guadagno di seggi a soglie differenti di voti comporti «*un grado di disproporzionalità di tipo analogo*», il che significa che la premessa su cui si basa non è corretta[99]; *(b)* in secondo luogo, questo approccio impedisce di stabilire, *ex ante*, lo scarto massimo percorribile (e dunque la soglia minima praticabile), perché non si trova, nel ragionamento della Corte costituzionale, un argomento logico-matematico sulla ragionevolezza della soglia del 40% dei voti prevista dal c.d. «Italicum»[100].

Significativamente diverso l'altro approccio: «*la Corte costituzionale sembrerebbe dirci che i premi che favoriscano una lista, nel senso che attribuiscano seggi più del doppio della percentuale dei voti ottenuti, potrebbero impattare in un vizio di costituzionalità*»[101]. La posizione sembra fondarsi su un *obiter dictum* della sentenza n. 35/2017[102]. Al di là dell'intento forse solo retorico di quel passaggio di sentenza,

---

[98] È l'approccio seguito da Ceccanti, D'Amico, Melica, Deodato: cfr. Camera dei deputati. *Res. Sten. 2 marzo 2017*, cit.; ID., *Res. Sten. 3 marzo 2017*, cit. Gli Autori differiscono nella valutazione dello *scarto* validato dalla sent. n. 35/2017: del 15% o del 14% in favore del vincitore, a seconda che 340 seggi siano rapportati a quota 630 (il totale dei deputati) o a quota 618 (il totale dei deputati eletti in Italia). Viceversa, Beniamino Caravita (Camera dei deputati. *Res. Sten. 2 marzo 2017*, cit., 16) ipotizza *empiricamente* la validità di una soglia pari al 38% dei voti.

[99] L'affermazione è di Stefano Ceccanti (Camera dei deputati. *Res. Sten. 2 marzo 2017*, cit., 5). Difatti il guadagno percentuale del vincitore aumenta col diminuire della soglia di voti necessaria a conseguirlo. In altri termini: a chi è assegnato il 55% dei seggi con il 40% dei voti, si garantisce un gruppo parlamentare più grande del 37,5% del normale; quando è assegnato il 54% dei seggi al 39% dei voti, il gruppo sarà più grande del 38,5% del normale; e così via il gruppo è più grande del 39,5%, del 40,5%, del 41,7% se si scende via via di un punto percentuale, a parità di *scarto* garantito (15%). Val poco notare, come dopotutto è ovvio che sia, che il corrispondente sacrificio imposto alle minoranze diminuisca gradualmente: lo schieramento delle opposizioni perde il 25% dei seggi nel primo caso (45-60), il 24,6% nel secondo (46-61), il 24,2% nel terzo (47-62) e così via, 23,8%, 23,4%. Infatti, il rapporto tra i guadagni degli uni e le perdite degli altri (*rectius:* tra le valenze di voto individuale dei due schieramenti) tende comunque a salire, cioè a testimoniare un incremento di disproporzionalità.

[100] La Consulta (Corte cost., sent. 35/2017, cit., §6 del *Considerato in diritto*) si limita a sostenere, con un'argomentazione dal sapore auto-assertivo, che: «*Alla luce della ricordata discrezionalità legislativa in materia, tale soglia non appare in sé manifestamente irragionevole, poiché volta a bilanciare i principi costituzionali della necessaria rappresentatività della Camera dei deputati e dell'eguaglianza del voto, da un lato, con gli obbiettivi, pure di rilievo costituzionale, della stabilità del governo del Paese e della rapidità del processo decisionale, dall'altro*».

[101] Camera dei deputati, *Res. Sten. 2 marzo 2017*, cit., 9.

[102] Corte cost., sent. 35/2017, cit., §9.2 del *Considerato in diritto* («*una lista può accedere al turno di ballottaggio anche avendo conseguito, al primo turno, un consenso esiguo, e ciononostante ottenere il premio, vedendo più che raddoppiati i seggi che avrebbe conseguito sulla base dei voti ottenuti al primo turno. Le disposizioni censurate riproducono così, seppure al turno di ballottaggio, un effetto distorsivo*

anche questo approccio si scontra con un limite insuperabile: se l'unico criterio utile a frenare i premi di maggioranza è il rispetto del rapporto 2:1 tra seggi e voti del vincitore, allora residuano costituzionali (*e in formule proporzionali!*) anche premi che ricollegano assurdamente l'80% dei seggi al 40% dei voti.

Molto interessante e promettente, invece, è un terzo approccio, proposto da Lodato, Pajno e Scaccia in un loro contributo (non citato nel corso delle indagini conoscitive parlamentari). Il loro orientamento si basa su questo assunto: il rapporto tra la *valenza di voto individuale* riscossa da maggioranza e opposizione (rispettivamente nel loro complesso) non può superare la proporzione 2:1 («*Ciò vuol dire che i risultati in termini di seggi ottenuti devono comunque dipendere* più dal numero di voti ottenuti che dal premio*, altrimenti la logica proporzionalista non sarebbe semplicemente* corretta *dal premio, ma radicalmente* tradita»)[103].

L'approccio non consente di spiegare e contenere la distorsione del voto imposta dalle soglie di sbarramento[104] (anche se, a ben guardare, si tratta di un fenomeno diverso). Tuttavia, è un ragionamento matematico originale e ben sviluppato, il cui centro (la proporzione 2:1 del peso del voto in uscita tra vincitori e vinti) sembra ingeneroso definire, come è stato scritto, «*un elemento che l'autore decide in maniera discrezionale*»[105]. Il metodo ha il pregio di garantire un ampio spazio di discrezionalità al legislatore (la soglia alla quale ricollega la metà dei seggi è bassa: un terzo dei voti), ma incontra un punto di *stress* quando assegna i due terzi dei seggi alla metà dei voti[106]. Sarebbe interessante insistere su questa strada, approfondendo l'analisi interdisciplinare (costituzionalistica e matematica), anche per (provare a) superare i limiti finora emersi dall'intrigante approccio dei tre Autori.

Prima di chiudere l'analisi sulla governabilità intesa come stabilità di governo, va segnalato un ultimo quesito: i vari tipi di distribuzione del premio sono giuridicamente indifferenti tra loro? Qui il riferimento è ai metodi «*jackpot*» e «*bonus*»[107], visto che soltanto i secondi costruiscono uno spazio di realizzazione pratica dell'uguaglianza del voto in uscita[108], benché la dottrina tenda a sovrapporli ai premi di aggregazione e non

---

analogo a quello che questa Corte aveva individuato, nella sentenza n. 1 del 2014, in relazione alla legislazione elettorale previgente»).

[103] G. LODATO, S. PAJNO, G. SCACCIA, *Quanto può essere distorsivo il premio di maggioranza?*, cit., 10.

[104] *Ibidem*, 14 ss.

[105] M. IANNELLA, *Notazioni a Corte cost. n. 1/2014 ad esaurimento del giudizio di rinvio*, in *Osservatorio AIC*, 2014, 16, nota 43 (che si riferisce però a G. SCACCIA, *Riflessi ordinamentali dell'annullamento della legge n. 270 del 2005 e riforma della legge elettorale*, in *Confronti costituzionali*, 30 gennaio 2014, in cui il criterio è esposto per la prima volta).

[106] G. LODATO, S. PAJNO, G. SCACCIA, *Quanto può essere distorsivo il premio di maggioranza?*, cit., 10, Figura 1. Sulla insostenibilità della conversione della maggioranza politica in maggioranza costituzionale, cfr. nota 93.

[107] P. PASSAGLIA, *I premi di maggioranza*, cit., 7.

[108] Nei sistemi «*bonus*» una parte dei seggi è accantonata per essere assegnata in blocco (o gradualmente) al vincitore. La restante parte è invece ripartita con formula proporzionale, assicurando così l'uguaglianza (parziale) del voto in uscita. Nei sistemi «*jackpot*» invece sono predeterminate le entità di seggi da assegnare a maggioranza e opposizione: l'uguaglianza del voto si realizza soltanto in entrata. È vero che, sul piano pratico, il risultato matematico è (*rectius:* può essere) identico; tuttavia è evidente che il diverso funzionamento dei due sistemi ha ripercussioni diverse sulla consapevolezza del voto (maggiore nei metodi «*bonus*», in cui anche l'elettore meno avveduto può accorgersi del valore del suo

pare essere fino in fondo consapevole del loro funzionamento matematico[109]. Si tratta di un terreno in larga parte ancora inesplorato, su cui potrebbero svilupparsi considerazioni interessanti, utili a mettere a fuoco certi meccanismi di distribuzione dei seggi.

Molto spazio si potrebbe anche dedicare all'istituto del ballottaggio di lista, introdotto su base nazionale dalla l. 6 maggio 2015, n. 52, ma subito accantonato dalla Corte costituzionale per «*le specifiche disposizioni della legge* (…) *per il modo con cui hanno disciplinato tale turno*»[110]. La dottrina si è interrogata molto sull'istituto. Ma è rilevante che, tra le analisi, già in diversi ritengono che non vi sia spazio, nel nostro ordinamento giuridico, per un ballottaggio che serva a introdurre sistemi elettorali a maggioranza garantita («*majority assuring*»)[111]. Al momento la questione ha perso centralità nel dibattito pubblico, ma conserva un'importanza indiscutibile nella riflessione scientifica. È verosimile che la praticabilità (o meno) dei sistemi a maggioranza assicurata diventi il tema fondamentale delle riflessioni di diritto elettorale: questi sistemi possono imporre, in nome della ricerca della stabilità, sacrifici potenzialmente enormi alla rappresentatività.

Si consideri ora il secondo orientamento: la governabilità come semplificazione.

La riduzione del numero dei partiti rilevanti è spesso giustificata con motivazioni di carattere politico-sistemico. Le proposte a sostegno di questo obiettivo, ovviamente, possono intrecciarsi in modo vario con le esigenze contingenti delle parti politiche. Tuttavia, in linea di principio un certo effetto riduttivo del sistema elettorale potrebbe avere davvero conseguenze apprezzabili, in almeno due direzioni.

Anzitutto, ridurre i partiti rilevanti potrebbe imporre transizioni da modelli di multipartitismo estremo a modelli di multipartitismo temperato (magari con tendenze bipolari). Così il quadro potrebbe diventare più stabile: meno soggetto sia alle oscillazioni dei flussi elettorali sia a repentini sconvolgimenti politici e cambi di schieramento.

In secondo luogo, l'effetto riduttivo potrebbe favorire una maggiore *strutturazione* del sistema dei partiti: così lo spettro politico evolve verso una minore personalizzazione dell'agone pubblico e una maggiore ri-politicizzazione del dibattito. L'abbandono del notabile permetterebbe di rimediare alla privatizzazione della sfera pubblica (cioè della sua trasformazione in «*palcoscenico su cui vengono rappresentate opere private*»), che a detta di Zygmunt Bauman determina la crisi della politica come

---

voto in base alla proporzione delle due quote di seggi; minore nei metodi «*jackpot*», in cui, nonostante l'eventuale spiegazione matematica, è difficile cancellare la sensazione che il risultato finale sia il frutto non di una proporzione, bensì di una sorta di lotteria, come d'altronde suggerisce il nome del tipo giuridico). Non è un caso che alcuni sostengano la natura «maggioritaria» dei «*jackpot systems*» [sconfessata dall'analisi di A. CHIARAMONTE, *Il premio di maggioranza: cosa è, come varia, dove è (stato) applicato*, Convegno annuale SISP, Roma, Luiss Guido Carli, 17-19 settembre 2009, 12-17].

[109] È indicativo l'esempio che si rinviene in R. DICKMANN, *Le questioni all'attenzione del legislatore*, cit., 7-8: nel difendere l'impostazione del premio accantonato (metodo «*bonus*»), l'Autore arriva a sostenere che, per assicurare un guadagno del 15% dei seggi alla forza vincente, basti accantonare il 15% dei seggi totali, quando in realtà per «*consent*[*ire*] *alla coalizione vincitrice di passare presso entrambi i rami* [*del Parlamento*] *da almeno il 40% ad almeno il 54% dei seggi*» servirebbe un accantonamento pari a circa il 25% del totale (altrimenti il vincitore si fermerebbe al 49% dei seggi totali).

[110] Corte cost., sent. 35/2017, cit., §9.2 del *Considerato in diritto*.

[111] D. CASANOVA, L. SPADACINI, *Il ballottaggio nazionale tra liste: la sentenza Corte cost. n. 35 del 2017 e il* de profundis *per i sistemi* majority assuring, in *Osservatorio AIC*, 2/2017, 12.

«*attività incaricata di convertire i problemi privati in questioni pubbliche (e viceversa)*»[112].

La riduzione dei partiti, fenomeno che può avere le citate e ragguardevoli conseguenze politiche, è opera che tocca alla base elettorale e alla soglia di sbarramento: entrambi i meccanismi consentono di migliorare l'estensione di eventuali maggioranze (o meglio, di amplificare l'effetto premiale a favore dei partiti maggiori), ma servono, in prima istanza, a ridurre notevolmente i partiti più piccoli.

Indubbiamente la soglia consente di colpire anzitutto i partiti di dimensioni davvero molto ridotte e quindi con una forte identificazione personale nel proprio segretario, a prescindere dalla linea politica. Evidente, in questo caso, che eliminare sigle simili dallo scenario politico riduce potenziali fonti di crisi politiche (dettate da esigenze di carriera o di sopravvivenza del *leader* del partitino) e ri-politicizza intere aree politiche (in cui la convivenza tra personalità e collettivi toglie valore alle biografie personali e impone una dialettica tra comunità e correnti di pensiero).

Ma la soglia di sbarramento (sia essa esplicita o implicita) pone anche problemi molto delicati.

Quanto può essere alta? Più è alta, più aumenta il rischio di escludere dal Parlamento minoranze consistenti della società. Secondo alcuni Autori, la Corte costituzionale ha implicitamente stabilito un limite del 5% nel richiamare la giurisprudenza costituzionale tedesca[113]. La questione è probabilmente più complessa, perché mancano nella Costituzione parametri quantitativi ai quali agganciare l'indagine sullo sbarramento. Va anche ricordata la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo con la quale fu ritenuta «*eccessiva*» ma non antigiuridica la soglia di sbarramento al 10%, praticata in Turchia per le elezioni parlamentari[114]. Certamente bisogna ricordare il fattore di incoerenza sistemica che si verificherebbe nel fissare soglie superiori al 5%: cioè eccedenti quella massima consentita, a livello eurounitario,

---

[112] Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2011, 72 [trad. it. di S. Minucci] [«*La conseguenza prevedibilmente più pregnante è la fine della «politica così come la cono-sciamo»: la Politica con la P maiuscola, l'attività incaricata di convertire i problemi privati in questioni pubbliche (e viceversa). È il tentativo di tale conversione che oggigiorno sta giungendo a termine. I problemi privati non si trasformano in questioni pubbliche per il semplice fatto di essere esternati in pubblico; anche sotto l'occhio del pubblico non cessano di essere privati e l'unico risultato che il loro trasferimento sulla scena pubblica sembra stia conseguendo è quello di espungere tutti gli altri problemi dalla pubblica agenda. Quelle che vengono comunemente e sempre più spesso percepite come «questioni pubbliche» sono problemi privati di figure pubbliche. La veneranda questione della politica democratica – quanto utile o dannoso è il modo in cui le figure pubbliche esercitano i loro doveri pubblici per il benessere e la prosperità dei loro sud-diti/elettori? – è uscita di scena, e sta invitando il pubblico interesse per la buona società, la giustizia pubblica o la responsabilità collettiva per il benessere individuale a seguirla nell'oblio*»].

[113] R. DICKMANN, *Le questioni all'attenzione del legislatore*, cit., 9, in part. nota 23, che richiama Corte cost., sent. 1/2014, cit., §3.1 del *Considerato in diritto*, nel quale a sua volta si richiama BVerfGE, sent. 3/2011 del 25 luglio 2012, e altre sentenze. È da notare (A. MARTINUZZI, *La fine di un antico feticcio*, 12) che la Corte tedesca apprezza lo sbarramento perché funzionale a «*impedire ai partiti estremisti di entrare in parlamento*».

[114] Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza dell'8 luglio 2008, Yumak e Sadac contro Turchia, 10226/03. Ma cfr., *ibidem*, Opinione dissenziente comune ai giudici Tulkens, Vajić, Jaeger e Šikuta, 42 ss. («[*la soglia*] *oltrepassa in modo manifesto l'ampio margine di apprezzamento di cui gode lo Stato*»).

per l'elezione del Parlamento europeo[115], e quella raccomandata (nelle «*democrazie consolidate*») dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa (quest'ultima pari al 3%)[116].

Dunque, anche fissare una soglia esplicita di sbarramento appare un problema assai difficile da risolvere teoricamente. Ancora scarse le riflessioni sull'argomento, su cui pure sembra utile interrogarsi.

In Italia, d'altronde, le soglie di sbarramento sono usate anche per altri scopi.

Un apparto diversificato di soglie di sbarramento aiuta a incentivare le coalizioni e permette di spingere i partiti più piccoli ad ammorbidire le proprie posizioni e incentivare la propensione al negoziato. Se si introducono soglie scontate per le liste coalizzate, i partiti più piccoli ricevono un forte incentivo all'accordo (cfr. nota n. 19).

Si rischia però, a cascata, di introdurre scorciatoie che consentono ai partitini nei fatti inesistenti di sopravvivere[117], mentre forze più grandi e radicate pagano il prezzo dell'indipendenza con l'esclusione della rappresentanza.

E anche a parità di consistenza politica, qual è la divergenza tra soglie per liste indipendenti e coalizzate che non è tollerabile? Ancora: ammesso che si debbano porre alcune soglie di sbarramento per garantire un certo effetto premiale e un certo effetto riduttivo, si può tollerare l'assenza di un diritto di tribuna per forze sì piccole, ma effettivamente radicate nel territorio?

La governabilità come semplificazione è un tema che investe anche tutti gli istituti distorsivi di diritto elettorale già menzionati (coalizioni, voto fuso) e che in effetti possono avere significativi effetti politici. Anche questi meccanismi, tuttavia, impattano sulla rappresentatività e bisogna interrogarsi sulla loro percorribilità.

Può essere legittimo perseguire una bipolarizzazione dello schieramento o comunque una sua tendenza aggregante attraverso l'istituto delle coalizioni; quand'è però che la disciplina si risolve nella «*pistola alla tempia*» delle liste indipendenti[118], che fa dubitare della sua costituzionalità? Può essere legittimo anche sollecitare l'elettore a distribuire coerentemente i voti a sua disposizione tra le varie competizioni

---

[115] Decisione del Consiglio dell'Unione europea del 25 giugno 2002 e del 23 settembre 2002, *che modifica l'atto relativo all'elezione dei rappresentanti al Parlamento europeo a suffragio universale e diretto, allegato alla decisione 76/787/CECA, CEE Euratom* (2002/772/CE, Euratom), in part. art. 1, n. 2).

[116] Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa (APCE). Risoluzione 1547 (2007). *Stato dei diritti umani e della democrazia in Europa*, §5.8.

[117] In termini decisamente critici, cfr. A. FLORIDIA, *«Scendere in campo»: l'accesso alla competizione elettorale tra barriere formali e incentivi politici*, in R. D'ALIMONTE, C. FUSARO, *La legislazione elettorale italiana*, Bologna, 2008. L'Autore arriva a definire il sistema partitico italiano «*bipolarismo atomizzato*» (89), nel quale si realizza «*un'offerta* [*politica*] *ridondante*» (84), dominato da «*tanti piccoli e famelici* rentiers *della politica*» (86), che in un modo o nell'altro barattano il loro piccolo ma potenzialmente essenziale contributo di voti con l'elezione sicura dei *leader*. La riflessione si basa soprattutto sul computo, nella cifra elettorale di coalizione, del voto espresso a favore di *ogni* partito coalizzato, a prescindere dal raggiungimento della soglia di sbarramento. Un meccanismo tuttora molto criticato, nonostante sia stato temperato dall'introduzione di una «sotto-soglia» di sbarramento (nota 19).

[118] G. LODATO, S. PAJNO, G SCACCIA, *Quanto può essere distorsivo il premio di maggioranza?*, cit., 21. Questo passaggio degli Autori si concentra sulle soglie di sbarramento: chiaramente è richiamato nell'ipotesi in cui, a titolo d'esempio, si pongono soglie così alte o comunque altri accorgimenti tanto gravosi alle liste indipendenti (p.e. raccolta di oltre un milione di firme), da costringerle ad arrendersi e rassegnarsi alla coalizione.

elettorali alle quali è chiamato; quand'è però che la disciplina diventa talmente manipolativa da risultare coercitiva e ledere la libertà del voto[119]?

Questi sono tutti gli interrogativi ai quali si deve tentare se non di dare una vera risposta, perlomeno di immaginare un metodo di studio per approcciare il problema. La riflessione della scienza costituzionalistica, anziché inseguire gli inattesi sviluppi giurisprudenziali, finirebbe così per segnare il passo della discussione e anticiparli, orientarli, dotarli di un sistema teorico di riferimento (con notevole vantaggio per l'autorevolezza del giudice delle leggi).

[119] Si potrebbe riflettere sulla distinzione tra sistemi misti «*a correzione*» e sistemi misti «*a combinazione*» (A. CHIARAMONTE, *I sistemi elettorali misti*, cit.) e ipotizzare che nel primo caso sia ragionevole un divieto di voto disgiunto, perché le varie «*arene*» sono funzionalmente collegate, mentre nel secondo caso non lo sia, in quanto le «*arene*» sono indipendenti nei rispettivi meccanismi di traduzione di voti in seggi. Tuttavia, va segnalato che il legislatore italiano ha seguito l'impostazione opposta, consentendo il voto disgiunto in un sistema misto a correzione (nel c.d. «Mattarellum») e vietandolo in uno a combinazione (appunto, la «legge Rosato» attualmente in vigore).

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

SEMINARIO DEL GRUPPO DI PISA
IL PROCESSO COSTITUZIONALE DOPO LA RIFORMA DELLE NORME INTEGRATIVE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO – 12 NOVEMBRE 2021

IL RUOLO DELL'*AMICUS CURIAE* IN ALCUNE RECENTI DECISIONI COSTITUZIONALI[*]

COSTANZA MASCIOTTA[**]

SOMMARIO: 1. La figura dell'*amicus curiae* nelle norme integrative. – 2. Tendenze emergenti da un'analisi empirica dell'istituto e delimitazione del campo di indagine. – 3. Le opinioni presentate nel caso della sentenza n. 32/2021. – 4. Le argomentazioni degli *amici* nel caso deciso con la sentenza n. 33/2021. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *La figura dell'*amicus curiae *nelle norme integrative*

La modifica del gennaio 2020 delle «Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale»[1] rende opportuna una riflessione circa il "rendimento" di alcune

[*] Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

[**] Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Firenze.

[1] Sulla modifica delle «Norme integrative» in senso critico cfr. M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 402 ss. Sul tema cfr. anche A. PUGIOTTO, *Le nuove norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, *ivi*, 426 ss.; T. GROPPI, *Nuovo corso della Consulta sotto il segno della trasparenza*, in *Lavoce.info*, 17 gennaio 2020; A. RUGGERI, *La "democratizzazione" del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, in *Giustizia insieme*, 24 gennaio 2020; M.C. GRISOLIA, *Le modifiche alle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2020, 5 ss.; A. VUOLO, *Il contraddittorio nei giudizi costituzionali alla luce delle recenti modifiche alle Norme integrative*, in *Federalismi.it*, 16/2020, 407 ss.; P. RIDOLA, *La Corte si apre all'ascolto della società civile*, *ivi*, 2/2020; A. D'ATENA, *Sul radicamento della Corte costituzionale e sull'apertura agli "*amici curiae*"*, in AA.VV., Liber amicorum *per Pasquale Costanzo*, in *Consulta OnLine*, 2 luglio 2020, 1 ss.; S. FINOCCHIARO, *Verso una giustizia costituzionale più "aperta": la Consulta ammette le opinioni scritte degli "amici curiae" e l'audizione di esperti di chiara fama*, in *Sistema Penale*, 23 gennaio 2020; sia consentito il rinvio anche a C. MASCIOTTA, *Note a margine delle nuove norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*,

novità introdotte per favorire l'apertura della Corte alla società civile[2].

Tra tali aperture assume particolare rilievo la previsione di quel "secondo binario" attraverso il quale si muove la partecipazione al processo costituzionale, ossia la disciplina dell'*amicus curiae*[3], introdotta a seguito di tali modifiche nel nuovo art. 4-ter delle norme integrative: la novità più significativa attiene, infatti, alla separazione netta nel processo costituzionale della fase dell'ammissibilità degli interventi e dell'ammissibilità del deposito delle "opinioni" degli *amici curiae,* dall'udienza.

Occorre evidenziare che il presente contributo fa riferimento agli articoli delle Norme integrative nella versione ancora vigente, mentre quelle che entreranno in vigore a dicembre 2021 saranno indicate se del caso a seconda delle necessità, con l'avvertenza che l'art. 6 del nuovo testo, rubricato "Amici curiae", riproduce quanto previsto dall'art. 4-ter.

Con le nuove norme integrative vengono temporalmente separati dall'udienza i momenti di "formazione" del contraddittorio, riservati ad una camera di consiglio precedente l'udienza per gli interventi e a una decisione del Presidente, sentito il giudice relatore, per le opinioni scritte degli "amici" e ciò contribuisce a distinguere nettamente le due figure dell'interveniente e dell'*amicus*[4].

1/2020; A.M. LECIS COCCO-ORTU, *La svolta del processo costituzionale sotto il segno della trasparenza e del dialogo: la Corte finalmente pronta ad accogliere amicus curiae e esperti dalla porta principale,* in *Diritti comparati,* 23 gennaio 2020; C. TANI, *La svolta Cartabia. Il problematico ingresso della società civile nei giudizi dinnanzi alla Corte costituzionale*, in *LaCostituzione.info*, 18 febbraio 2020.

[2] Si esprimono positivamente su tale apertura*, ex multis*, V. ONIDA, *La Corte si apre alle "voci" della società,* in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2020, 511 ss.; L. VIOLINI, *Accesso alla Corte costituzionale: quale ruolo per gli enti del Terzo settore*, in *Vita.it,* 5 febbraio 2020; A. RUGGERI, *La "democratizzazione" del processo costituzionale,* cit.; A. MOSCARINI, Amicus curiae *e giudizio incidentale nelle norme integrative sui giudizi dinanzi la Corte costituzionale,* in *Giurisprudenza costituzionale,* 2/2020, 508 parla di istituto tipicamente discorsivo-partecipativo; per S. BARBARESCHI, *La Corte costituzionale si apre all'ascolto della società civile, ovvero del rischio della legittimazione di sé attraverso gli altri,* in *Rivista AIC*, 2/2020, 387 e 391, tale apertura potrebbe mutare la fisonomia del processo costituzionale. Sulle aperture della Corte all'opinione pubblica esprime criticità A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019, spec. 271-272. *Contra* R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone,* in *Quaderni costituzionali*, 4/2019, 759; E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, ivi, 4/2019, spec. 785.

[3] Sul ruolo dell'*amicus* nel giudizio costituzionale vd. M. D'AMICO, *Gli* amici curiae, in *Questione giustizia*, 4/2020, 122 ss.; F. CLEMENTI, Amici curiae?, in *Rivista Il Mulino*, 9 marzo 2020; M. ESPOSITO, *Note minime sulle ambiguità della figura dell'*amicus curiae, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2020; sui rischi connessi, nello specifico, al ricorso agli *amici curiae*, vd. M. MANETTI, *I "falsi amici" del Giudice costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2020, 505 ss.; per una ricostruzione dell'istituto in una prospettiva anche comparata sia consentito il rinvio a C. MASCIOTTA, *Note a margine delle nuove norme integrative,* cit., 198 ss. Per una analisi dell'istituto prima della modifica delle norme integrative cfr. P. COSTANZO, *Brevi osservazioni sull'*amicus curiae *davanti alla Corte costituzionale italiana*, in *Consulta OnLine*, 1/2019; T. GROPPI, *Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia*, ivi; V. MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019.

[4] Parla di un doppio binario T. GROPPI, *Interventi di terzi e amici curiae,* cit., 139. Secondo C. DELLA GIUSTINA, *Amicus curiae: dalle origini alle modifiche delle "Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale"*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2020, 510-511, l'*amicus* si troverebbe al confine tra parte e partecipazione, non dovendo dimostrare un interesse specifico rispetto alla questione di costituzionalità. Secondo A. PUGIOTTO, *Per un'autentica dialettica a Corte. Note a margine del seminario promosso a Palazzo della Consulta*, cit., 361 e 370, il contraddittorio andrebbe declinato in senso ampio e stretto.

Con la conseguenza che la modifica alle Norme integrative ha avuto un effetto razionalizzante per l'intervento di terzi e del tutto innovativo per l'*amicus*[5]. La decisione sull'ammissibilità dell'opinione è affidata ad un provvedimento monocratico presidenziale per ragioni essenzialmente di snellimento procedurale, tenuto conto anche della peculiarità di tale forma di partecipazione.

Da un'indagine empirica emerge che i provvedimenti presidenziali emessi precisano che è stato sentito il relatore, il cui giudizio, però, non è riportato e tutti i decreti sono motivati con l'apodittica declaratoria della sussistenza dei requisiti previsti dall'art. 4-ter.

Gli *amici curiae* sono definiti da tale disposizione come «formazioni sociali senza scopo di lucro[6] e soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi[7] o diffusi[8] attinenti alla questione di costituzionalità», quindi, sotto il profilo soggettivo l'*amicus* non può essere un individuo *uti singulus*[9].

Sulla scia del paradigma statunitense tali soggetti possono depositare un'opinione che «non può superare la lunghezza di 25.000 caratteri, spazi inclusi» e che, sulla scia del modello della Corte europea dei diritti dell'uomo, sotto il profilo oggettivo, deve offrire ai fini dell'ammissibilità «elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità» (commi 2 e 3). Pertanto, se il caso non è complesso, perché trattasi di questioni semplici o sulle quali si sia già formata giurisprudenza[10] ne potrebbe conseguire l'inammissibilità.

---

[5] In tal senso cfr. A. VUOLO, *L'*amicus curiae, in questa *Rivista*, 5. Mentre A. PUGIOTTO, *Le nuove Norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 434, evidenzia che la partecipazione dell'*amicus* non era prevista ma nemmeno esclusa dalle Norme integrative, in quanto l'art. 4, c. 3, N.I., introdotto con delibera del 10 giugno 2004, ammetteva "eventuali interventi di altri soggetti".

[6] All'indomani della novella, tra le «formazioni sociali senza scopo di lucro» sono state annoverate le associazioni (anche di categoria), i partiti politici, i sindacati, le organizzazioni non governative, le fondazioni, le organizzazioni del c.d. terzo settore. Cfr. sul punto A. VUOLO, op. e loc. ult. cit. Sul tema cfr. anche L. SALVATO, *L'*amicus curiae *nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale: il procuratore generale della Corte di cassazione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2/2020, 734-735; così anche R. CARIDÀ, *Notazioni minime su* amici curiae *ed esperti nel processo costituzionale*, in *Consulta OnLine*, 3/2020, 603. Sui sindacati si veda O. RAZZOLINI, Amicus curiae *e partecipazioni delle organizzazioni sindacali al processo costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2020, 514.

[7] Si è ipotizzato che al novero dei «soggetti istituzionali portatori d'interessi collettivi» siano riconducibili i consigli degli ordini professionali, l'Anci o anche i comuni e le province come enti esponenziali della collettività di riferimento ai sensi dell'art. 3, d. lgs. n. 267 del 2000, cfr. sul punto A. VUOLO, ult. cit., 10.

[8] Come evidenzia A. VUOLO, ult. cit., 11, tra i soggetti portatori d'interessi diffusi potrebbero includersi le associazioni ambientaliste o, anche, quelle rappresentative di utenti o consumatori. Probabilmente in quest'ultima categoria, secondo l'A., possono essere inclusi anche i comitati, i quali sono ammessi alla partecipazione al procedimento amministrativo per espressa previsione dell'art. 9, l. n. 241 del 1990. L'Autore pensa a «una sorta di categoria residuale (pur con le sue specificità), nella quale può confluire una quota di quelle richieste d'ingresso nel processo costituzionale che, finora, non hanno trovato sbocco nell'altro canale di accesso, costituito dai terzi intervenienti». In tale prospettiva A.M. LECIS COCCO-ORTU, *La svolta del processo costituzionale sotto il segno della trasparenza e del dialogo: la Corte finalmente pronta ad accogliere* amicus curiae *e esperti dalla porta principale*, in *Diritti comparati*, 23 gennaio 2020.

[9] In tal senso cfr. A. VUOLO, ult. cit., 9. Sono state espresse perplessità su tale esclusione, A. CERRI, *Note minime sulla recente riforma delle norme integrative*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2020, 485.

[10] In tal senso R. CHIEPPA, *Partecipazione collaborativa di soggetti estranei al processo, dal diritto romano all'*amicus curiae *dei nostri giorni e all'apertura della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2020, 1009.

Tale inciso ("anche in ragione della sua complessità") avrebbe potuto condurre a un orientamento della Corte volto a consentire agli *amici curiae* la partecipazione nei soli giudizi con un elevato grado di complessità, anche al fine di evitare un aggravamento del carico di lavoro. Alla luce della prassi applicativa, però, l'accesso delle opinioni nel giudizio si realizza non soltanto sulle questioni particolarmente complesse e tale requisito non si è dimostrato di per sé preclusivo[11].

Del pari, alla luce delle norme integrative l'opinione dovrebbe contenere elementi utili, quindi, "originali" rispetto a tutti gli altri atti di giudizio, compresa l'ordinanza di rimessione: se non è innovativa, il contributo non è utile[12].

Il comma 5 dell'art. 4-ter determina una separazione ancor più netta fra terzi intervenienti e *amici curiae*: i soggetti le cui opinioni sono state ammesse «non assumono la qualità di parte del giudizio, non possono ottenere copia degli atti, non partecipano all'udienza». Gli *amici curiae* rimangono, quindi, formalmente estranei al contraddittorio costituzionale, non possono essere assimilati ad un interventore istituzionale o a un terzo interveniente, ma possono dare un contributo significativo all'*iter* argomentativo della Corte nella decisione finale: si tratta di uno strumento che risponde ad una logica di collaborazione *bottom-up*.

La *ratio* dell'istituto sembra, quindi, quella di offrire alla Corte elementi utili, innovativi[13] nell'ambito del giudizio costituzionale, come nuove conoscenze extra-giuridiche, sociologiche, elementi di diritto internazionale e comparato che potranno trovare ingresso nella argomentazione della Corte, con un arricchimento del processo deliberativo.

Attraverso questo istituto si può, altresì, avere una mobilitazione attiva della società civile[14], soprattutto nell'ambito di questioni particolarmente divisive nell'opinione pubblica, dando adito anche a forme di *strategic litigation.*

L'apporto degli *amici curiae*, come ha rimarcato il Presidente della Corte costituzionale, potrà fornire «elementi utili [...], derivanti dalla loro esperienza "sul campo", soprattutto in relazione ad aspetti pratici dell'applicazione delle norme»[15], permettendo di accertare quali sono gli effetti prodotti, anche prima ed oltre l'interpretazione fornita nelle aule giudiziarie.

In definitiva, l'intervento sarà ammissibile in quanto si rivelerà in grado di «arricchire» e di «mettere a disposizione dei giudici conoscenze nuove o aspetti che, in una società sempre più complessa come quella attuale, potrebbero anche restare sotto traccia»[16].

---

[11] In tal senso anche A. VUOLO, ult. cit., 35.

[12] In tal senso anche A. VUOLO, ult. cit., 28. Anche se, come vedremo, nella prassi l'atteggiamento della Corte non è così rigoroso, finendo le argomentazioni addotte per coincidere anche con quelle dell'ordinanza di rimessione o con quelle delle altre parti, cfr. in tal senso anche la sentenza n. 210 del 2021.

[13] Cfr. M. D'AMICO, *Gli* amici curiae, cit., 130.

[14] Cfr. L. VIOLINI, *Accesso alla Corte costituzionale*, cit.

[15] *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nell'anno 2019*, 28 aprile 2020, 3.

[16] L. VIOLINI, *Accesso alla Corte costituzionale*, cit.

Occorre osservare che la natura di questo istituto varia nei diversi ordinamenti: si pensi alla concezione statunitense dell'*amicus* come soggetto fortemente interessato[17] che mira a influenzare la decisione giudiziale, tanto che spesso sono le parti in causa a richiedere la predisposizione di un *amicus brief* al fine di dare sostegno alla propria posizione, con il rischio di una ripetizione delle argomentazioni già presentate.

Diversa è, invece, la definizione inglese di un soggetto al servizio della Corte, «a friend of the Court». Al contempo nel sistema convenzionale la Corte edu richiede agli intervenienti di non prendere posizione sui fatti o sul merito della controversia e ricerca informazioni aggiuntive, spesso di carattere tecnico-scientifico, a integrazione di quelle prodotte dal ricorrente (i.e. caso *Parrillo c. Italia*).

Le esperienze straniere mostrano che nell'*amicus* possono, quindi, convergere l'*advocacy*, a difesa degli interessi di una categoria, o la *friendship* più o meno interessata[18].

Scopo del contributo è, quindi, verificare attraverso l'analisi di alcuni casi pratici il ruolo dell'*amicus* nella prassi applicativa dell'istituto, nonché valutare se il deposito di *amicus curiae* abbia consentito alla Corte di ampliare la conoscenza su fatti e informazioni innovativi presentati da associazioni di categoria o di tutela di diritti, andando ad arricchire l'argomentazione giuridica del giudice costituzionale e se, dunque, le argomentazioni degli *amici* siano passate "dal fatto al diritto" delle decisioni costituzionali[19].

In tal senso occorre verificare se gli *amici* siano intervenuti nel merito della controversia e dei fatti di causa, fornendo un apporto fortemente interessato, orientato a sollecitare l'accoglimento o il rigetto della questione con *opiniones ad adiuvandum* o *ad opponendum* (i.e. *amicus partis* e talvolta, se pienamente adesivo all'ordinanza di rinvio, *amicus iudicis*), o, viceversa, sulla scia del modello convenzionale, abbiano addotto elementi innovativi, ulteriori rispetto a quelli già presentati, ad esempio di natura scientifica, sociologica, statistica. Si tratterà, quindi, di capire se l'apporto fornito dall'*amicus* sia stato meramente adesivo rispetto all'uno o all'altro soggetto costituito, se si sia conformato pedissequamente alla prospettazione del giudice *a quo*, o, invece, abbia offerto un punto di vista o elementi innovativi, in un'ottica collaborativa, discostandosi dalla prospettiva partigiana, in maniera tale da favorire un opportuno supplemento di

[17] Si veda P. BIANCHI, *Un'amicizia interessata. L'*amicus curiae *davanti alla Corte suprema degli Usa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, 2135 ss. Sull'*amicus brief* davanti alla Corte suprema degli Stati uniti, si veda T. GROPPI, *Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia,* cit., spec. 134 ss.; M. CALAMO SPECCHIA, *L'integrazione del contraddittorio nel processo costituzionale: l'intervento di terzo e l'*amicus curiae *in prospettiva comparata tra diritto amministrativo e diritto costituzionale*, in *Consulta OnLine*, 16 marzo 2020, spec. par. 4. Sulla degenerazione dell'istituto con riferimento all'esperienza statunitense B. BARBISAN, *Amicus curiae: un istituto, nessuna definizione, centomila usi*, in *Rivista AIC*, 4/2019, spec. 125 ss.

[18] In tal senso cfr. A. VUOLO, ult. cit., 21; vd. anche E. SILVESTRI, *L'"amicus curiae": uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 3/1997, 6780 ss.

[19] A. ANZON, *Le aperture della Corte tra esigenze del processo e ascolto della società civile*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2020, 482, ritiene che la Corte non sarebbe tenuta a fare menzione dell'opinione in motivazione con la conseguenza che la partecipazione dell'*amicus* sarebbe inutile.

riflessione[20]. Non si potrà tralasciare neppure una valutazione dei rischi insiti nell'apertura all'*amicus,* come il pericolo di una "cattura" della Corte nell'agone politico.

Il requisito oggettivo dell'utilità dell'opinione e la circostanza che l'art. 4-ter non preveda l'obbligo a carico degli *amici curiae* di precisare le conclusioni, a differenza di quanto previsto per gli interventori, fanno pensare che la prospettiva adottata dalla Corte sia favorevole ad una nozione di *amicus* in chiave collaborativa.

2. *Tendenze emergenti da un'analisi empirica dell'istituto e delimitazione del campo di indagine*

Da una prima analisi dell'istituto nella prassi applicativa emerge che talvolta nel "ritenuto in fatto" della decisione costituzionale sono riassunte le argomentazioni proposte dall'*amicus*[21], più di rado, invece, l'opinione è espressamente richiamata nel "considerato in diritto"[22], mentre del tutto eccezionalmente si riscontrano ripetuti richiami alla posizione espressa dall'*amicus*[23].

A titolo esemplificativo si può ricordare la sentenza n. 234 del 2020: la Corte costituzionale ha affermato che la Federazione sanitari pensionati e vedove (Federspev) ha presentato un'opinione scritta nella quale viene dedotta la «perdita economica dei rappresentanti e la lesione del loro affidamento, conseguenti all'interazione delle misure disposte dalle norme censurate e di quelle analoghe succedutesi a partire dall'anno 2000». Il Giudice delle leggi ha, quindi, inserito nelle proprie argomentazioni sia in fatto che in diritto le considerazioni degli *amici curiae*, utilizzate per l'analisi del prelievo di solidarietà.

Con la sentenza n. 260 del 2020 concernente l'inapplicabilità del giudizio abbreviato ai reati punibili con la pena dell'ergastolo, la Corte ha considerato le argomentazioni offerte dall'Unione delle camere penali italiane, volte a sostenere le censure presentate dal giudice *a quo*, decidendo, infine, in senso opposto rispetto a quanto addotto dallo stesso[24]. Al contrario, in riferimento alla sentenza n. 278 del 2020, le opinioni degli *amici*, rappresentati dall'associazione "Italiastatodidiritto" e dall'associazione forense Unione camere penali italiane, sono state ammesse «per la loro idoneità ad offrire elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso sottoposto a questa Corte, anche in ragione della sua complessità», ma nel ragionamento della Corte non si rinvengono le argomentazioni degli *amici curiae*.

Il carattere almeno all'apparenza "altalenante" dell'incidenza di queste opinioni sull'*iter* argomentativo della Corte costituzionale rende ragione della motivazione della presente indagine che ha ad oggetto l'analisi delle opinioni presentate da alcuni *amici curiae* nell'ambito dei casi poi decisi con le sentenze nn. 32 e 33/2021, concernenti il riconoscimento dello *status filiationis* del minore rispetto al genitore intenzionale

[20] Vd. anche A. VUOLO, ult. cit., 18.
[21] Cfr. le sentenze nn. 32, 33, 198, 202 e 210 del 2021.
[22] Sentenza n. 234 del 2020.
[23] Sentenza n. 260 del 2020.
[24] In tal senso cfr. anche M. D'AMICO, ult. cit.

rispettivamente in un caso di ricorso all'estero alla fecondazione eterologa e alla maternità surrogata.

Questa delimitazione *ratione materiae* si spiega perché, come afferma la stessa Corte costituzionale, le suddette questioni di costituzionalità sono complesse, hanno carattere eticamente sensibile, dividono la coscienza sociale e, pertanto, l'*amicus*, chiamato a dar voce alla società civile, può assumere un ruolo propulsivo fondamentale in tali giudizi per sensibilizzare la Corte verso le istanze sociali esistenti e può fornire informazioni utili e ulteriori argomenti con i quali confrontarsi nell'adottare la decisione.

Indagare il ruolo dell'*amicus* nell'ambito di questioni eticamente sensibili è, quindi, molto utile per valutare il rendimento complessivo dell'istituto a distanza di più di un anno dalla modifica delle norme integrative.

Inoltre, tra i fattori che caratterizzano lo Stato pluralista nell'attualità e che sembrano aver spinto la Corte verso una maggiore apertura alla partecipazione, vi è lo sviluppo tecnico-scientifico e i suoi riflessi sui diritti fondamentali, pertanto, un'indagine approfondita in tale ambito risulta particolarmente utile al fine di valutare il ruolo dell'*amicus* nel giudizio costituzionale.

Sarà, quindi, interessante verificare quale sia stato il "seguito" costituzionale delle argomentazioni degli *amici* nei suddetti casi, onde valutare se la Corte costituzionale si sia servita delle loro prospettazioni, facendole confluire nelle proprie argomentazioni o, viceversa, non le richiami neppure implicitamente.

Rispetto alla funzione partecipativa dell'istituto è possibile constatare che nel corso del 2020 il Presidente della Corte costituzionale ha mostrato una tendenza favorevole all'ammissibilità di diverse opinioni scritte[25], pertanto, sarà utile valutare se anche nei casi oggetto di indagine si possa riscontrare questa "apertura partecipativa".

Dal punto di vista metodologico occorre evidenziare che le opinioni degli *amici* non sono pubbliche ed è stato necessario contattare le singole associazioni per avere cognizione delle diverse opinioni e qualche associazione, in nome di esigenze di riservatezza, non ha condiviso i suoi atti processuali.

Il presente contributo mira, pertanto, ad analizzare nella prassi applicativa il ruolo dell'*amicus* alla luce di due sentenze particolarmente interessanti per il carattere socialmente e eticamente diviso dei temi trattati, nonché a valutare se si siano concretizzati i pericoli insiti nell'istituto, quali la pressione, soprattutto politica, diretta o indiretta che tali enti possono esercitare sulla Corte e nondimeno il rischio che essa venga travolta da un'ipertrofia informativa.

[25] A mero titolo esemplificativo cfr. il decreto del 28 ottobre 2020 con cui è stata ammessa l'opinione scritta dell'Associazione nazionale tributaristi italiani, sezione Lombardia, nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale iscritto al n. 62 del registro ordinanze del 2020, alla luce della conformità dell'opinione ai criteri di cui all'art. 4-*ter*, commi 1, 2 e 3 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale; cfr. anche il decreto del 9 febbraio 2020, relativo al giudizio in via incidentale definito con sentenza n. 260 del 2020; decreto del 14 settembre 2020, relativo al giudizio in via incidentale definito con sentenza n. 234 del 2020; decreto del 12 ottobre 2020, relativo al giudizio in via incidentale definito con sentenza n. 278 del 2020; decreto del 28 ottobre 2020, relativo al giudizio in via incidentale definito con sentenza n. 39 del 2021; decreto del 2 dicembre 2020, relativo al giudizio in via incidentale definito con sentenza n. 33 del 2021; decreto del 3 dicembre 2020, relativo al giudizio in via incidentale definito con sentenza n. 32 del 2021; decreti del 22 dicembre 2020, relativi ai giudizi in via incidentale definiti con sentenza n. 46 del 2021.

3. *Le opinioni presentate nel caso della sentenza n. 32/2021*

Nel caso deciso con sentenza n. 32/2021 il tribunale rimettente dubitava della legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9, legge n. 40/2004, poiché non consentirebbero al nato da pma eterologa praticata da una coppia dello stesso sesso l'attribuzione dello *status* di figlio riconosciuto anche dalla madre intenzionale che abbia prestato il proprio consenso alla pratica, ove non si possa accedere all'adozione in casi particolari a causa del mancato assenso del genitore biologico e sia accertato giudizialmente l'interesse del minore.

L'associazione Rete Lenford e il Centro Studi Rosario Livatino hanno presentato opinione scritta *ex* art. 4 *ter,* Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, dichiarandosi portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità e la Corte ha dichiarato ammissibili tali due opinioni, su tre presentate, ritenendole apoditticamente conformi ai criteri di cui all'art. 4 *ter*, senza addurre motivazioni sul punto, con decreto del 3 dicembre 2020.

In prospettiva metodologica occorre dare atto che mentre si è potuto avere cognizione diretta della opinione di Rete Lenford, l'altra non è stata resa accessibile e il contenuto fondamentale è desumile dalla sentenza n. 32/2021.

Il Centro studi Rosario Livatino ha chiesto alla Corte di dichiarare manifestamente infondate le questioni, l'accoglimento delle quali introdurrebbe una genitorialità omosessuale fondata su uno *status filiationis* pieno anche nei confronti del genitore non biologico che priverebbe il minore di ogni diritto verso il genitore biologico di sesso diverso dall'altro, rispetto al quale la filiazione resterebbe sempre accertabile, con elusione, inoltre, della necessità dell'assenso del genitore biologico esercente la responsabilità. Tali argomentazioni non sono, però, accolte dal giudice costituzionale che anzi segnala l'esistenza di un vuoto di tutela: «pur in presenza di un rapporto di filiazione effettivo, consolidatosi nella pratica della vita quotidiana con la medesima madre intenzionale, nessuno strumento può essere utilmente adoprato per far valere i diritti delle minori».

L'altra opinione ammessa è stata presentata dall'avvocatura per i diritti LGBTI, nota anche come Rete Lenford: un'associazione di promozione sociale composta da giuristi che tutela i diritti delle persone "lgbti", ovvero persone lesbiche, gay, bisessuali, transessuali e intersessuali.

Tale opinione si concentra su un profilo strettamente giuridico quale l'applicabilità dell'art. 8, legge n. 40/2004 alla fattispecie. L'*amicus* afferma la necessità di distinguere il profilo dell'accesso alla pma da quello della tutela del nato in caso di inosservanza dei requisiti di accesso, argomentazione già ampiamente addotta dal giudice *a quo*.

In alternativa, l'associazione sostiene l'accoglimento della questione a tutela in particolare del diritto fondamentale del minore all'identità personale, elemento anche questo già valorizzato dal rimettente.

L'*amicus* opera una dettagliata ricostruzione della giurisprudenza in ordine all'applicabilità dell'art. 8, legge n. 40/2004 in analoghe fattispecie: la Corte di Cassazione in particolare ha escluso l'applicabilità della disposizione allo stato giuridico

del nato in Italia a seguito di pma praticata all'estero da due donne con le sentenze nn. 7768 e 8029/2020, ma la questione è nuovamente al vaglio del giudice di legittimità e, al contempo, alcuni giudici di merito si sono espressi in senso difforme dall'orientamento di legittimità (i.e. decreto 1453/2020 Corte di Appello di Roma, decreto 343/2019 Corte di Appello di Perugia, decreto 1146/2020 Tribunale di Cagliari). Occorre, tuttavia, chiedersi se sia realmente utile che l'*amicus* si concentri su una questione prettamente giuridica, come l'applicabilità di una norma alla fattispecie, questione rispetto alla quale il giudice costituzionale è ben in grado, data l'autorevolezza dei suoi membri, di prendere una decisione autonomamente.

La considerazione della diretta applicabilità dell'art. 8, legge n. 40/2004 al caso di specie non è, infatti, condivisa dalla Corte costituzionale secondo la quale il collegio rimettente ha correttamente censurato gli artt. 8 e 9, legge n. 40/2004 dai quali si desume l'impossibilità di riconoscere lo *status* di figli ai nati da pma eterologa nell'ambito di una coppia di donne e da essi discende il vuoto di tutela.

Anche l'elemento discriminatorio addotto dall'*amicus* era stato ampiamente sottolineato dal giudice *a quo* ed è accolto dal giudice costituzionale che, però, non richiama espressamente l'opinione dell'associazione.

Un elemento parzialmente innovativo dell'opinione consta nella ricostruzione comparatistica di alcune decisioni straniere relative alla tutela della vita familiare delle coppie omogenitoriali e dei loro figli e dei principi di diritto ivi affermati, principi che, tuttavia, non possono integrare un parametro interposto di legittimità costituzionale.

Ciò che sembra mancare, invece, nella *opinion* sono informazioni aggiuntive di tipo statistico, sociologico o tecnico-scientifico, sulla scia di quanto accade a Strasburgo, ad esempio in ordine all'entità "sociale" del fenomeno al fine di evidenziare il carattere sistemico del vuoto di tutela del minore, oppure circa l'idoneità della coppia di persone dello stesso sesso a contribuire allo sviluppo equilibrato del minore. Nella prassi convenzionale, infatti, la Corte edu ha dimostrato di guardare con favore a interventi di terzi che le hanno messo a disposizione dati statistici o anche elementi di carattere tecnico e scientifico utili ai fini della definizione del giudizio, come nel caso *Parrillo c. Italia*[26] e analogo atteggiamento di apertura potrebbe essere adottato dal nostro giudice costituzionale soprattutto dinanzi a temi eticamente sensibili.

4. *Le argomentazioni degli* amici *nel caso deciso con la sentenza n. 33/2021*

La sentenza n. 33/2021 interviene su una questione diversa dalla precedente: il giudice rimettente dubitava della legittimità costituzionale del diritto vivente, risultante dalla sentenza delle sezioni unite n. 12193/2019 che esclude il riconoscimento dell'efficacia nell'ordinamento interno del provvedimento giurisdizionale straniero con il

[26] Corte Edu [GC], *Parrillo c. Italia*, 27 agosto 2015, su cui M. D'AMICO, *La Corte europea come giudice "unico" dei diritti fondamentali? Note a margine della sentenza, 27 agosto 2015,* Parrillo c. Italia, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 29 settembre 2015; a commento della sentenza, vd. anche V. TIGANO, *Divieto di sperimentazione sugli embrioni umani e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 30 settembre 2015.

quale sia stato dichiarato un rapporto di filiazione tra minore nato da *surrogacy* all'estero e il genitore intenzionale, per contrasto con il divieto di surrogazione di maternità, qualificabile per le sezioni unite come principio di ordine pubblico.

Con decreto del 2 dicembre 2020 sono state ammesse tutte le opinioni presentate tranne una, quella di Rete italiana contro l'utero in affitto: ciò dimostra l'ampia apertura della Corte costituzionale rispetto alla partecipazione di associazioni della società civile. Inoltre, nel considerato in fatto della sentenza la Corte riporta le argomentazioni principali addotte dagli *amici*, dimostrando di avere piena conoscenza del materiale informativo da essi presentato.

Alcune associazioni sostengono che la repressione penale della maternità surrogata intenda tutelare il minore, la relazione con la madre e la donna quale madre.

Indubbiamente il giudice costituzionale, pur non richiamandole espressamente, tiene conto di tali argomentazioni là dove ribadisce che la pratica offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane.

Secondo gli *amici*, inoltre, il riconoscimento dello *status* costituito all'estero legittimerebbe la surrogazione di maternità e ciò rischierebbe di indebolire gli istituti dell'affidamento e dell'adozione. Si tratta, tuttavia, di affermazioni che la Consulta non sembra accogliere, non esprimendosi sulla eventuale compromissione degli istituti adottivi.

A sua volta ANFAA, Associazione nazionale famiglie adottive e affidatarie, presenta un'opinione ove auspica il rigetto delle questioni sulla base della assimilazione della maternità surrogata al traffico di minori.

L'associazione richiama alcune disposizioni della legge n. 184/1983 alla base delle quali vi sarebbe il riconoscimento che l'adozione si basa sul principio irrinunciabile «"comprare non è amare"».

Tuttavia, non sempre vi è una compravendita alla base della pratica e occorre tener conto delle specifiche modalità attraverso le quali la maternità surrogata è stata realizzata all'estero.

Inoltre, l'altro argomento dello sfruttamento delle donne coinvolte nella pratica, seppur accolto dal giudice costituzionale, è stato addotto anche dall'Avvocatura dello Stato, quindi, assume limitata portata innovativa.

Secondo ANFAA l'adozione realizza il diritto del minore ad avere una famiglia, nell'ambito di un procedimento di previa rigorosa verifica dell'idoneità dei genitori affidatari e adottivi, profili che in caso di maternità surrogata sarebbero capovolti a favore di un «inaccettabile e presunto diritto al figlio». Tale argomentazione non è, invece, accolta dalla Consulta che adotta una visione paidocentrica e circoscrive la *quaestio* allo *status* del minore.

Preme evidenziare un'"occasione mancata" dall'*amicus* che non ha addotto elementi aggiuntivi, ad esempio di natura statistica, per rendere edotta la Corte di quanto sia concreto il rischio di sfruttamento della vulnerabilità delle madri surrogate, soprattutto se in stato di indigenza, né sono stati offerti elementi sociologici o scientifici, anche attraverso studi o consulenze, in ordine al pregiudizio che il minore potrebbe subire dal conoscere le circostanze della propria nascita.

Si ritiene, infatti, che all'opinione possa essere allegata documentazione attinente alla questione che, proprio per la complessità del caso, potrebbe essere necessaria per fornire informazioni innovative: a volte è proprio l'allegazione documentale, piuttosto che l'opinione *ex se*, a rendere utile il contributo per "la conoscenza e la valutazione del caso"[27].

Infine, l'opinione presentata da Rete Lenford auspica l'accoglimento delle questioni e si basa su argomentazioni prettamente giuridiche che riprendono prospettazioni già ampiamente addotte dal giudice rimettente, come la distinzione proposta tra il divieto di surrogazione di maternità e la tutela del nato a seguito di tale pratica, l'importanza del riconoscimento di una responsabilità genitoriale e dell'identità personale del minore.

Inoltre, l'associazione evidenzia come i minori sarebbero gli unici soggetti a subire le conseguenze della condotta tenuta da altri. Questo profilo è indubbiamente considerato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 33/2021 là dove ammonisce sul rischio di strumentalizzare il minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica, ma era già stato ampiamente addotto dal giudice rimettente.

Secondo l'associazione, inoltre, la soluzione prospettata dalle sezioni unite, conduce a un ritorno ad una pluralità di *status filiationis* difficilmente giustificabile alla luce del principio di eguaglianza: un aspetto, quello discriminatorio, già evidenziato dal giudice *a quo* e su cui la Corte costituzionale non si è, invece, soffermata.

L'unico elemento parzialmente innovativo consta nei riferimenti comparatistici presentati nella *opinion* per mostrare come ordinamenti, pur contrari alla surrogazione di maternità, abbiano comunque apprestato tutela alla stabilità dello *status filiationis* del minore.

La Corte costituzionale, tuttavia, nella sentenza n. 33/2021 non fa riferimenti *ad adiuvandum* alle esperienze francese e tedesca richiamate nella opinione, perché opta per una soluzione diversa dalla trascrizione dell'atto straniero.

Anche in questa fattispecie, infine, l'*amicus* non adduce elementi statistici, sociologici o tecnico-scientifici innovativi volti, ad esempio, a indicare la portata sociale del fenomeno del mancato riconoscimento della filiazione in caso di maternità surrogata nell'ambito di coppie omoaffettive o inerenti al preminente interesse del minore al mantenimento dei rapporti con entrambi i componenti della coppia che abbiano esercitato la responsabilità genitoriale.

5. *Considerazioni conclusive*

Una prima considerazione riguarda l'accessibilità agli atti degli *amici*: le opinioni non sono pubbliche, ma ciò può confliggere con l'esigenza di sensibilizzare la società civile soprattutto su temi divisivi.

[27] In tal senso anche A. VUOLO, ult. cit., 39.

Seppur anche nel giudizio convenzionale le opinioni non siano pubbliche, è altrettanto vero che di regola le varie associazioni intervenienti pubblicano le *opinions* nei rispettivi siti istituzionali.

Un altro dato che emerge dall'analisi è la declaratoria apodittica di ammissibilità delle opinioni da parte del giudice costituzionale. A tal riguardo occorre osservare che la motivazione apodittica potrebbe essere giustificata se la valutazione presidenziale avesse carattere vincolato, ma così non è e, al contrario, la decisione presidenziale è caratterizzata da un certo grado di discrezionalità, dato che sono ammissibili le opinioni che offrono elementi «utili» alla conoscenza e alla valutazione del caso[28].

In un'ottica di trasparenza è auspicabile una motivazione costituzionale atta a definire meglio i criteri di ammissibilità dell'*amicus*, soprattutto in caso di rigetto del testo[29] e anche al fine di distinguere i confini dei soggetti ammessi al contraddittorio (gli intervenienti) e di quelli che possono soltanto portare alla Corte un contributo di ragionamento e di idee (gli *amici curiae*).

Inoltre, l'indicazione nel decreto della motivazione per la quale l'opinione è reputata utile potrebbe servire anche a orientare le parti nella stesura della memoria presentata in vista dell'udienza o della camera di consiglio o a indirizzare la discussione orale, implementando, così, un dialogo utile tra giudice e parti, volto a risolvere le questioni più complesse, a costo di un modesto aggravio procedurale[30].

Dall'analisi emerge, inoltre, che nelle opinioni presentate gli *amici* non spiegano in concreto quale potrebbe essere il loro effettivo contributo innovativo nel giudizio costituzionale: migliorare tale profilo potrebbe facilitare l'attività del giudice costituzionale onde evitare anche il pericolo di un'ipertrofia informativa.

Si può, inoltre, osservare che nelle fattispecie analizzate non si è concretizzato il rischio di una "cattura" della Corte, paventato in dottrina, pericoloso per la sua legittimazione: anche se talvolta le opinioni ammesse introducono contenuti ideologici, non strettamente giuridici, la Corte ha dimostrato una grande abilità nello scindere i due profili, riconoscendo ad esempio il pericolo di sfruttamento della donna nella maternità surrogata, ma non accogliendo l'assimilazione della pratica al traffico di minori.

Le opinioni rese nei giudizi analizzati mostrano, inoltre, come l'istituto sia ancora in fase di "rodaggio": sono diversi i "convitati di pietra" nelle opinioni analizzate, come la mancata presentazione di elementi di carattere statistico, sociologico o tecnico-scientifico tali da addurre profili innovativi nel giudizio costituzionale.

Si può osservare che nella sentenza n. 32/2021, seppur le argomentazioni dell'*amicus* siano indubbiamente confluite nei lavori istruttori della Corte, lo spazio ad esse dedicato nella sentenza è esiguo, segno che il rendimento dell'istituto non dipende tanto dalla sua procedimentalizzazione quanto dalla capacità delle organizzazioni di

[28] Cfr. anche A. VUOLO, ult. cit., 28.

[29] Particolari perplessità insorgono proprio in ordine ai casi d'inammissibilità. Questi, infatti, possono essere desunti solo dagli eventuali riferimenti contenuti nelle decisioni adottate dal *plenum* della Corte. È, infatti, prevalsa una interpretazione letterale dell'art. 4-*ter*, secondo la quale il Presidente, sentito il relatore, si pronuncia con decreto solo quando il controllo abbia esito positivo, cfr. sul punto A. VUOLO, cit., 29. Tale prassi crea una diversità di trattamento tra intervenienti e *amici*, dal momento che solo i primi conoscono le ragioni ostative al loro ingresso nel giudizio, ai sensi degli artt. 4 e 4-*bis*, N.I.

[30] Vd. A. VUOLO, ult. cit., 29.

cogliere la *ratio* sottesa all'istituto medesimo, ossia di produrre argomenti utili e nuovi nel giudizio costituzionale.

Nella sentenza n. 33/2021 la Corte costituzionale sembra accogliere, senza richiamarle espressamente, alcune argomentazioni prospettate dall'associazione LGBTI che tuttavia erano già state presentate dal giudice *a quo:* si pensi alla necessità di assicurare la responsabilità genitoriale e l'identità personale del minore.

Alcune argomentazioni dell'associazione non sono, invece, condivise nella sentenza n. 33/2021 nella quale la Corte non si sofferma sul profilo della discriminazione dei figli per l'orientamento sessuale dei genitori, ponendo piuttosto l'accento sulla necessità di bilanciare gli interessi del minore con lo scopo di disincentivare la *surrogacy*, e conseguentemente ritiene non illegittima la soluzione della non trascrivibilità dell'atto straniero: la Corte dimostra, così, un'ampia autonomia decisionale, svincolandosi dal rischio di una "cattura" nell'agone politico. Del pari, la soluzione suggerita dalla Corte è diversa da quella prospettata dall'associazione: una tutela dovrà essere assicurata attraverso un procedimento di adozione effettivo e celere che riconosca pienamente il legame tra adottante e adottato.

Anche le prospettazioni degli altri *amici curiae* nella sentenza n. 33/2021 hanno avuto una "resa altalenante". L'argomentazione secondo la quale la repressione penale della maternità surrogata intende tutelare il minore, la relazione con la madre, nonché la donna quale madre, seppur non richiamata espressamente, è indubbiamente considerata dal giudice costituzionale là dove ribadisce come la pratica offenda in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane. Diversamente l'argomento circa un «preteso ma inesistente "diritto alla filiazione" ad ogni costo» non è condiviso dal giudice costituzionale che adotta una visione paidocentrica.

Alla luce della prassi applicativa l'impressione finale è che di rado l'opinione è richiamata espressamente nella parte in diritto della decisione costituzionale e la tendenza sembra essere la stessa, indipendentemente dal fatto che l'apporto dell'*amicus* sia di tipo "neutrale", oppure, come accade di frequente, sia fortemente orientato nel senso dell'accoglimento o del rigetto della questione.

Rispetto alla funzione partecipativa dell'istituto, si può osservare che la Corte costituzionale ha ammesso un numero considerevole di opinioni nei giudizi esaminati: sembra, dunque, potersi confermare una tendenza ad "aprire" il processo costituzionale al contributo esterno[31], ma all'approccio inclusivo "in entrata" fa da contraltare, come constatato, un limitato sforzo motivazionale "in uscita"[32].

Occorre, quindi, chiedersi se le ragioni che hanno spinto la Corte all'introduzione di tale istituto, quali *in primis* l'utilità e l'innovatività del contributo dell'*amicus* nel giudizio costituzionale si siano concretizzate nelle fattispecie esaminate.

---

[31] A titolo esemplificativo, come evidenziato da A. VUOLO, ult. cit., 32, dalla prassi emerge che la mancanza dello scopo di lucro nel soggetto che intende proporre un'opinione ha una connotazione soggettiva, con la conseguenza che è sufficiente il divieto statutario di divisione dei profitti derivanti dall'eventuale attività economica, svolta in maniera secondaria e strumentale per il conseguimento dei propri fini, cfr. L. SALVATO, *L'*amicus curiae *nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale: il procuratore generale della Corte di cassazione*, cit., 735-736. In tale ottica si spiega l'ammissione di consorzi e società cooperative che si aggiungono agli altri soggetti ammessi che perseguono scopi solidaristici.

[32] In tal senso anche A. VUOLO, ult. cit., 36.

Le associazioni nei casi considerati sono entrate fortemente nel merito dei fatti e della causa e hanno cercato di offrire alla Corte argomenti a favore o contro l'accoglimento della questione, con il rischio di una sovrapposizione con le argomentazioni presentate dal rimettente e dalle parti, mostrando un interesse forte nel giudizio che talvolta ha assunto i contorni di un contenuto ideologico, piuttosto che addurre elementi di conoscenza ulteriori, realmente innovativi, di natura ad esempio statistica, sociologica o tecnico-scientifica, come accade nella prassi della Corte EDU.

Alla luce dei casi esaminati occorre, quindi, domandarsi quale tipo di *amicus* la Corte vorrà privilegiare in futuro: *amicus partis, amicus iudicis, amicus friendship,* nella consapevolezza della potenziale deriva che potrebbe discendere dalla preponderanza di amici "interessati" alla vicenda, a discapito dell'*amicus friendship,* con il rischio di creare uno squilibrio tra le posizioni assunte nel giudizio.

GdP
GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

E. CUCCODORO (a cura di), *IL PRESIDENTE DI TUTTI. PRESTAZIONI DI UNITÀ,* ROMA, ARACNE, 2021

RECENSIONE*

LUANA LEO**

Riflettere sulla figura del Capo dello Stato, nonché sulla figura istituzionale più significativa, implica tempo e dedizione. Nel corso degli anni, l'intervento del Presidente della Repubblica è risultato decisivo in termini di funzionalità del sistema costituzionale, specie in quelle situazioni in cui l'organo legislativo è apparso in evidente difficoltà, in quanto circondato da maggioranze strette ed alleanze "sfuggenti". L'emergenza sanitaria da Covid-19 si è rivelata l'occasione irrinunciabile per esaltare un aspetto peculiare: le dichiarazioni del Presidente della Repubblica assolvono la funzione di attirare l'attenzione dell'opinione pubblica, ed in particolare, delle forze politiche in ordine alle necessità di salvaguardare la coesione territoriale e l'equilibrio tra i poteri.

"Il Presidente di tutti" di Enrico Cuccodoro, professore di Diritto pubblico generale e Diritto costituzionale presso l'Università del Salento, intende sottolineare l'importanza che in Italia continua ad assumere una Presidenza della Repubblica *super partes*, che rigetta con fermezza qualsiasi lettura della figura e delle funzioni presidenziali discordante rispetto a quanto sancito nella Costituzione, in qualità di "garante" e "custode" della stessa.

La presente opera, composta da sei capitoli affrontati da esperti della materia e soggetti vicini al Quirinale, si apre proprio con il contributo dello stesso Cuccodoro. Il primo capitolo delinea i tratti caratteristici assunti dalla figura presidenziale nei diversi periodi storici, soffermandosi inizialmente sull'insorgenza del "*Chief elect*", il Presidente repubblicano, modello ripreso poi d'oltreoceano e scalfito nella Costituzione di Filadelfia del 1787. L'autore pone l'accento sulla trasformazione del potere regio da

* Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista.
** Dottoranda di ricerca in Diritto Costituzionale, Università LUM Jean Monnet.

"sovrano" a "neutrale" dalla quale prende vita la posizione politica del Capo dello Stato, indipendente, imparziale e *super partes*, in virtù del passaggio dalla forma di monarchia assoluta a quelle monarchico-rappresentative e costituzionali.

Una parte sostanziale di tale capitolo è riservata all'inquadramento costituzionale della suddetta figura. È interessante notare come l'autore tenga ad evidenziare il legame tra il Presidente della Repubblica-Capo dello Stato e l'art. 1 della Costituzione: egli, infatti, «*completa l'affermazione della sovranità popolare nell'intero ordinamento, attraverso l'esercizio condiviso dei diversi poteri "nelle forme e nei limiti della Costituzione", ponendosi con avveduto contributo al di sopra delle formazioni politiche in campo*».

In seguito, l'autore descrive in maniera accurata i poteri e le attribuzioni presidenziali, dai quali emerge la "singolarità" della figura. Maggiore considerazione merita la parte finale: si ammette come i "bruschi" cambi di scenario istituzionale del Paese «*rendano evidente il "peso effettivo" e il grado di influenza diretta e di personale determinazione raggiunti dal Capo dello Stato, specie in straordinari tempi di emergenza e sofferenze*».

All'autore si riconosce il merito di aver saputo porre in luce le prestazioni di unità, chiamando in causa tutte le Presidenze repubblicane. In tale sede, per ragioni semplificative, ci si limiterà al confronto tra le due ultime Presidenze, quelle di Giorgio Napolitano e Sergio Mattarella.

Il primo si contraddistingue non soltanto per essere il Presidente più longevo della storia della Repubblica, ma anche e soprattutto per giungere con maestria ad una puntuale "teoria" del ruolo presidenziale nelle delicate inversioni di sistema. Tale circostanza affiora già nel messaggio di insediamento ed è ribadita nel discorso di fine anno: egli, dopo aver posto in risalto il mancato consolidamento di un modello di rapporti politici e istituzionali, invita le forze politiche ad un dialogo dignitoso in Parlamento e nelle Assemblee elettive.

La Presidenza Mattarella, invece, è segnata da un *mix* perfetto di osservazione giuridica, politica e costituzionale. Come ben riportato dall'autore, nel corso della pandemia, le dichiarazioni e i comportamenti del Capo dello Stato sono risultati decisivi, sotto diversi profili. In primo luogo, per il rilievo posto alla saldezza dell'unità nazionale; in secondo luogo, per l'esortazione ad una cooperazione tra lo Stato e le autonomie locali (si è parlato di "abuso" delle ordinanze regionali emergenziali, così come di "predominio" statale); infine, per la significativa posizione assunta in tema di correttezza dei processi decisionali seguiti per fronteggiare la pandemia.

L'autore delinea una figura presidenziale lineare e puntuale: il Presidente «*non è uomo di parte, ma è uomo delle istituzioni, di tutte le parti nel quadro politico come nel Paese*».

Una considerazione che trova conferma dal raffronto tra i due recenti Esecutivi: nel Governo Conte, il Presidente della Repubblica riveste un ruolo di regia esterna; al contrario, il Governo Draghi si configura come un ministero a trazione "dualista", incentrato sul binomio Capo dello Stato-Presidente del Consiglio, appoggiato da un'ampia (e ricercata) maggioranza.

Il costituzionalista riesce a delineare perfettamente la figura del Capo dello Stato in un capitolo di breve portata. Tra tutte le istituzioni repubblicane, il Presidente della Repubblica è quella che implica maggiore difficoltà nell'inquadramento giuridico. Da sempre, la dottrina definisce tale figura come soggetto politico, non riportando con precisione i limiti di intervento quale potere dello Stato.

Il secondo capitolo è dedicato alle trasformazioni. Dopo una lunga e minuziosa ricostruzione storica, l'autore pone l'accento sulle manifestazioni più cruciali, quelle connesse ai momenti di "collasso" del sistema politico. A tale proposito, si segnalano due episodi emblematici ambedue verificatisi durante la Presidenza Mattarella. Nel primo, il Capo dello Stato richiede maggiore equilibrio circa la nomina al ministero dell'Economia e delle Finanze di una figura sostenitrice di tesi euroscettiche (Paolo Savona), tale da minare la posizione di stabilità dell'Italia nell'UE. In tale frangente, emerge la «*progressiva transizione del ruolo presidenziale verso una funzione di garanzia allargata, orientata nei confronti partnership dell'Unione europea*».

Il secondo episodio assume spessore per il momento storico di riferimento, nonché la fase acuta dell'emergenza sanitaria da Covid-19. Con le dimissioni del Governo Conte II, il Presidente si è trovato davanti ad un bivio: andare ad elezioni anticipate o meno. Nella suddetta circostanza, l'intervento del Presidente ha ponderato rischi sanitari e sociali. La scelta del Capo dello Stato di affidare l'Esecutivo ad un "terzo", individuato nella persona di Mario Draghi, è giustificata dalla impellente necessità di presentare il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) alla Commissione Europea per l'impiego di cospicui fondi a sostegno della crescita del Paese.

La vivace dinamica degli avvenimenti consente di imputare il ruolo del Capo dello Stato ad un organo destinato ad affrontare le molteplici forme di crisi: "crisi sistemica", crisi politica, crisi economica e crisi sociale.

L'autore riesce a evidenziare come il modello parlamentare italiano, anche per il ruolo assunto dalla più importante figura istituzionale, nelle crisi degli ultimi anni, sembra non sopportare più la sfida della Costituzione. In Italia, si assiste ad un processo di divisione e di frammentazione politica, oggi ancora più accentuato dalla presenza di partiti che contestano la Costituzione nei sui principi fondamentali, in virtù di una "democrazia istantanea". Nel contesto dell'emergenza sanitaria da Covid-19 è emerso un Presidente della Repubblica che rifiuta qualsiasi lettura della figura e delle funzioni presidenziali, se visti in controluce alla Carta costituzionale, reputando di avere egli il dovere di non ridimensionare e non ampliare, in una situazione di palese urgenza, il fascio di attribuzioni riconosciutogli dai Padri Costituenti.

Il terzo capitolo, affidato al quirinalista Luciano Ghelfi, tratta un tema di notevole interesse, quello delle c.d. esternazioni presidenziali. Esse discendono da una "gemmazione" dell'art. 87 Cost., che direttamente esplicita il tradizionale "potere di messaggio" del Presidente.

Tale prerogativa si sostanzia in due modalità diverse: da un verso, i c.d. messaggi di rinvio delle leggi, con i quali il Presidente informa il Parlamento di discordanze del testo approvato dalle Camere, rispetto al dettato e ai valori costituzionali (art. 74 Cost.);

dall'altro, i c.d. messaggi liberi, in virtù dei quali egli richiama l'attenzione del legislatore su questioni sostanziali per il bene della collettività nazionale. Ghelfi evidenzia come il proposito dei nostri Costituenti non fosse quello di far sedere al Quirinale «*un notaio muto della vita istituzionale*» che tenesse un discorso soltanto in occasione del proprio giuramento. Vi è un appuntamento annuale, diventato ormai una tradizione irrinunciabile, che vede protagonista il Capo dello Stato: il discorso di fine anno. In aggiunta, il quirinalista segnala come taluni Presidenti (in *primis* Pertini e Scalfaro) abbiamo rilasciato molteplici dichiarazioni estemporanee ai giornalisti; sulle esternazioni "non codificate", nonché sull'insindacabile possibilità del Presidente della Repubblica di esprimere liberamente il proprio pensiero, si sono accese animate discussioni nei primi 75 anni della storia repubblicana. In ultima analisi, si esalta il parallelo tra il "peso" del Capo dello Stato e i mezzi di comunicazione sussistenti (stampa, radio, *social*): esso rende "la voce del Quirinale" potente («*una opportunità di cui è auspicabile si sappia fare sempre buon uso*»).

L'autore dimostra come le esternazioni presidenziali costituiscano ormai espressione di un vero e proprio potere. I modi di esercizio delle esternazioni e gli effetti scaturenti da esse sono tali da influire sulla vita politica e istituzionale statale, senza innescare una "rivoluzione politica". La costante attività di interlocuzione svolta dalla figura in oggetto nei confronti dell'opinione pubblica e delle istituzioni ne rafforza il valore politico; il Presidente della Repubblica assume così la veste di organo di "mediazione".

Il quarto capitolo è dedicato all'elezione del Capo dello Stato. Le modalità di elezione in Italia, precedute dal quadro comparativo e dalla dinamica storico-politica, risultano delineate in modo esaustivo. L'autore ricorda come esse siano state oggetto di estesa discussione durante i lavori dell'Assemblea Costituente. Due le proposte avanzate, entrambe supportate da rigorose ragioni: elezione a suffragio universale (diretto ed indiretto) ed elezione in Assemblea Nazionale (ossia Parlamento in seduta comune o terza Camera), integrata dai rappresentanti regionali.

L'opzione del suffragio universale fu prontamente bocciata sia in Sottocommissione (mirante ad un'integrazione del Collegio elettorale con i rappresentanti delle Regioni), sia in Assemblea Plenaria (concentrata sull'entità della maggioranza richiesta per l'elezione). Una volta relegata l'ipotesi di una elezione popolare diretta, si scelse la via dell'elezione parlamentare, integrata dai delegati delle Regioni. Una decisione dettata dalla necessità di sottolineare come il voto del Capo dello Stato non fosse appannaggio esclusivo delle formazioni politiche e del Parlamento, in ragione della presenza dei delegati dei territori regionali. Infine, l'autore sottolinea come la dinamica costituzionale del procedimento di elezione presidenziale abbia assunto caratteristiche piuttosto differenti a seconda della composizione partitica delle Camere, a sua volta associata allo scenario politico e alla sua unione con il sistema elettorale vigente.

In tale capitolo, si scorge come nel rapporto tra il Presidente della Repubblica e il Presidente del Consiglio dei ministri la prevalenza dell'uno o dell'altro non dipende dalle norme scritte, ma dal volume della reciproca forza politica. In concreto, essa

dipende da molteplici e diversi fattori, tra cui l'esperienza e la capacità di intervenire tempestivamente in ambito nazionale ed internazionale. Nel messaggio di insediamento, il Presidente Sergio Mattarella, seguendo quasi l'esempio del predecessore Giorgio Napolitano, ha voluto definire con notevole precisione il suo ruolo istituzionale, distinguendo due profili della figura presidenziale: quello relativo alla rappresentanza dell'unità nazionale e quello inerente alla garanzia della Costituzione. Proprio i due soggetti soprarichiamati hanno dimostrato di disporre di forza politica in grande quantità.

Significativa la scelta di dare spazio alle riflessioni di uno storico dell'arte. Il quinto capitolo si apre con una descrizione del Quirinale in chiave artistica, al fine di esaltare il Palazzo storico di Roma in relazione alle diverse epoche storiche. In tale senso, infatti, esso muta nel tempo la sua essenza e la sua funzione, fino a divenire la *"Casa degli Italiani"*.

Il Quirinale non è più solo un palazzo di potere politico, ma è anche «*una finestra aperta sulla storia di tutti gli Italiani*». Oggi, più che mai, esso si pone come luogo di «*incontro, dialogo e condivisione da vero luogo simbolo del Paese*». Al Presidente della Repubblica si riconosce il grande merito di aver convertito il Quirinale in un "palcoscenico" di grandi emozioni, aperto a tutti gli individui, ciascuno portatore di una propria storia.

Il sesto ed ultimo capitolo analizza e commenta le disposizioni costituzionali legate alla figura presidenziale. In tale capitolo, si ripone specifica attenzione all'istituto del "semestre bianco", munito di un riferimento esplicito nel testo costituzionale in ordine al divieto di rielezione del Presidente della Repubblica. Un'ipotesi però che desta allarme e preoccupazione (esclusa categoricamente da Ciampi e Pertini), che trova concretizzazione solo in presenza di instabilità politica, sociale ed economica (Napolitano). Altro punto significativo concerne il potere di grazia, la cui natura è stata oggetto di riflessione da parte della Corte costituzionale. Come precisato dagli autori, tale istituto presenta ancora zone "buie": esso, infatti, «*non risulta più espressione dell'antica "potestà clemenziale" del sovrano, bensì potere con "duplice valenza" (umanitaria e virtualmente politica)*».

In definitiva, "Il Presidente di tutti" accentua come il Capo dello Stato si sia reso figura-chiave del sistema «*non solo nel c.d. quadro del costituzionalismo della crisi, ma anche nell'ordinaria nei rapporti con l'opinione pubblica e nella tutela dei legittimi valori e interessi nazionali e progressivamente sovranazionali*».

I Presidenti della Repubblica hanno colmato i *deficit* governativi e parlamentari attraverso veti, pressioni, condizionamenti e supplenze. Leadership e protagonismo legittimati da un'opinione pubblica sempre più distaccata dai partiti, orientata a investire sul Capo dello Stato un enorme carico di aspettative. Un'opera che vede luce contestualmente all'avvio del semestre bianco. Una sorta di "bussola", di supporto nei mesi più ardui.

REPLICA

ENRICO CUCCODORO*

Sono molto grato al Comitato scientifico di tale Rivista per avere concesso al mio ultimo lavoro la possibilità di essere maggiormente conosciuto nell'ambito di riferimento, e alla dottoressa Luana Leo per la recensione. Tenuto conto della considerevole precisione con cui è stata delineata e commentata l'opera, mi limiterò ad esporre brevi considerazioni in relazione alla tesi da tempo sostenuta inerente la figura del Presidente della Repubblica, tesi esaltata ne "Il Presidente di tutti".

Come spesso sostenuto nel corso della mia carriera accademica, ritengo che la metafora di "arbitro" per il Presidente della Repubblica non sia idonea. È opportuno, infatti, parlare sempre di "garante" e "custode" della Costituzione. La tesi antagonista del Presidente della Repubblica "arbitro" non trova riscontro per la seguente ragione: egli non gioca mai nessuna partita, ma monitora la situazione del momento con peculiare attenzione. Tale concezione rischia di influenzare negativamente l'opinione pubblica nazionale. La drammatica pandemia da Covid-19 ha reso evidente tanto il "peso effettivo", quanto il grado di incidenza diretta e personale conquistati da tale figura istituzionale, per affrontare necessità ed urgenze. I nuovi doveri del Capo dello Stato non rispondono più solo alla garanzia della funzionalità costituzionale del sistema e di *leadership* nelle fasi più acute della politica attuale, bensì anche all'indispensabile salvaguardia dei valori nazionali.

L'instabilità governativa del 2021 ha confermato come la posizione del Presidente della Repubblica sia vincolata dal contesto politico e istituzionale nel quale egli deve intervenire. Ovviamente, laddove il sistema politico funzioni correttamente, il Capo dello Stato rimane all'ombra; l'attenzione si sposta su un altro soggetto costituzionale.

Come ben evidenziato nella recensione, l'intento de "Il Presidente di tutti" è anche quello di tracciare l'evoluzione del ruolo del Presidente della Repubblica. Nel corso del tempo, tale figura ha subito una grandiosa metamorfosi: da soggetto privo di azione e visibilità ("passivo"), in ragione dell'attenzione riservata ai partiti, a soggetto in forte espansione e sempre più al centro della vita istituzionale. Oggi, il Presidente instaura un contatto diretto non solo con le istituzioni, ma anche con l'opinione pubblica, *leader* nazionali, sovranazionali e internazionali. Egli, altresì, si è posto da garante anche nei confronti degli influssi delle governance economiche europee e globali, oltre che nei tristi periodi di emergenza umanitaria.

L'idea di lasciare spazio al quirinalista Ghelfi, al quale vanno sentiti ringraziamenti, prende le mosse dall'intento di descrivere da vicino la vita presidenziale, uscire dalle logiche del contesto giuridico.

* Professore di Diritto costituzionale, Università del Salento.

Nel corso del tempo, il Quirinale si è rivelato un grande palcoscenico di emozioni: mostre, rassegne, restauri, *convention* e presentazioni hanno valorizzato il Palazzo, oggi "Casa degli Italiani", e non più centro del potere politico.

Nella storia repubblicana, il Presidente della Repubblica è stato spesso inquadrato come la figura più "sfuggente" e "ambigua" tra le cariche costituzionali. A distanza di pochissimi mesi dall'elezione del nuovo Presidente, considero quest'ultimo un indispensabile baricentro per il corretto funzionamento del sistema istituzionale italiano. Egli ha agito come ammortizzatore degli attriti politici e riattivatore dei meccanismi costituzionali nei periodi di crisi in un regime parlamentare innegabilmente instabile. Una presenza vigile nell'esercizio dei doveri costituzionali, espressione della salvaguardia del motore della democrazia rappresentativa e immediata, tra le Istituzioni e in tutto il Paese.

Grato ancora per l'opportunità di confronto e dialogo a riguardo di un'opera che è nata con l'obiettivo fare emergere come il Capo dello Stato abbia interpretato e rappresentato i mutamenti della Nazione nelle occasioni in cui è stato chiamato a essere l'attore principale.

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

E. LAMARQUE, *CORTE COSTITUZIONALE E GIUDICI NELL'ITALIA REPUBBLICANA. NUOVA STAGIONE, ALTRI EPISODI*, EDITORIALE SCIENTIFICA, NAPOLI, 2021

SONO DAVVERO INUTILI LE CATEGORIE CLASSICHE DEL "DIRITTO PROCESSUALE COSTITUZIONALE"?
(QUALCHE RIFLESSIONE A MARGINE DELLA PRESENTAZIONE DEL VOLUME DI ELISABETTA LAMARQUE, *CORTE COSTITUZIONALE E GIUDICI NELL'ITALIA REPUBBLICANA. NUOVA STAGIONE, ALTRI EPISODI*, EDITORIALE SCIENTIFICA, NAPOLI, 2021)[*]

MARILISA D'AMICO[**]

Con uno stile inedito per la dottrina costituzionalista, che consente anche a chi non è studioso della materia di appassionarsi alle vicende storiche della Corte costituzionale italiana, Elisabetta Lamarque nel suo recente volume, *Costituzione e giudici nell'Italia repubblicana,* che riprende riaggiornandola, una pubblicazione del 2012, ripercorre la storia del giudizio incidentale in Italia, dall'angolo prospettico della relazione fra Corte costituzionale e giudici comuni.

L'Autrice periodizza questo percorso, scegliendo di dedicare un primo capitolo a una riflessione storica sulla nascita della giustizia costituzionale italiana, il secondo ad un'analisi di un lungo periodo, e cioè dei primi quarant'anni di vita della Corte costituzionale, e il terzo, a partire dal 1996, anno della famosa decisione n. 356, su cui torneremo dopo, fino ad oggi.

Si tratta di un tentativo poderoso e soprattutto, per come ho potuto leggerlo io, di una ricostruzione che intende muoversi in modo chiaro non solo da un angolo di lettura particolare, quello appunto della relazione fra Corte costituzionale e giudici comuni, ma anche sostenendo una tesi dichiarata esplicitamente, la cui validità si vuole dimostrare

[*] Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista.

[**] Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano. Presidente dell'Associazione Gruppo di Pisa.

in tutto il percorso. La tesi, come afferma l'Autrice è che: "la Corte costituzionale e l'Autorità giudiziaria abbiano progressivamente dato vita a un unico grande potere giudiziario all'interno del quale esse ora si distinguono, per riprendere in senso estensivo la dizione che il testo costituzionale riferisce alla magistratura in senso stretto 'soltanto per diversità di funzioni' (art. 107, comma 3, Cost.)" e che, quindi, "la magistratura, con l'uso giudiziario sempre più frequente delle norme costituzionali, sia tramite l'applicazione diretta della Costituzione, che attraverso l'interpretazione della legge in senso conforme a Costituzione, è giunta a condividere con la Corte costituzionale, in stretta collaborazione con essa, il ruolo di 'custode della Costituzione'".

Una tesi suggestiva, che inserisce l'Autrice in quel filone che i filosofi del diritto stanno studiando, anche in modo critico, del "neocostituzionalismo", che nell'ambito dei diritto italiano è aperto e rappresentato dal volume di Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite*, (Einaudi, Torino, 1992), da cui oggi lo stesso Autore pare, però, prendere le distanze (in questo senso, il più recente, *Diritti per forza*, Einaudi, Torino, 2017), che ha come caratteristica, per quanto qui interessa e semplificando al massimo, quella di ritenere il modello costituzionale di Stato affidato ai giudici, i quali, al pari e meglio del legislatore, svolgono insieme alle Corti costituzionali una funzione non più solo di interpreti ma anche di "creatori di diritto" (si vedano le ampie riflessioni di F.J. Ansuategui Ruig, *Norme. Giudici, Stato costituzionale. Frammenti di un modello giuridico*, Giappichelli, Torino, 2020, in particolare al cap. 5, 101 ss.). Rispetto a questa impostazione, che ha molto influenzato anche la dottrina italiana e nella quale parzialmente mi riconosco anche io, Massimo Luciani si è espresso in modo molto critico, invitando i costituzionalisti ad abbandonare una visione "irenica" della Costituzione, quella che affida alle Corti e solo a loro l'attuazione della Costituzione, per recuperare, almeno in parte , quel costituzionalismo "polemico", che affida anche al legislatore l'attuazione della Costituzione e che, soprattutto, si concentra non solo sulla difesa dei diritti, ma anche sullo studio e gli strumenti per costruire limiti al potere (così M. Luciani nel suo *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1463 e ss.).

Ho fatto questa premessa, perché vorrei fare alcune considerazioni prendendo sul serio la tesi dell'Autrice che ha davvero il merito di farci riflettere sul senso della giustizia costituzionale oggi, sulla vera attuazione della Costituzione, ma anche sugli sviluppi futuri, a seconda della prospettiva che la Corte costituzionale e la "sua" dottrina intendano intraprendere.

Ragionare sulla vera natura del giudizio incidentale costituzionale italiano e quindi dello stesso Giudice costituzionale, come ricorda l'Autrice, ha contrassegnato i primi studi sulla giustizia costituzionale e continua ad essere un punto importante anche per chi se ne occupa ora. Secondo Elisabetta Lamarque, "inspiegabilmente" (p. 35), dal momento che tutta la storia della giustizia costituzionale italiana dimostrerebbe "l'avvenuto inserimento […] della Corte costituzionale nella famiglia a cui appartengono tutti gli altri organi giurisdizionali del nostro ordinamento" (p. 224). Si propone, quindi, un modello di giustizia costituzionale complesso, che vorrebbe

superare la visione di un Giudice costituzionale fortemente legato al mondo dei "diritti", dipendente dai giudici comuni non soltanto nella scelta della questione, ma anche e soprattutto del modo in cui la stessa viene sottoposta alla Corte; un Giudice costituzionale che si occupa del "diritto vivente", ma che, al tempo stesso, nel momento in cui decide lo fa con una pronuncia dagli effetti generali, sullo stesso piano della legge, con uno sguardo rivolto a tutto l'ordinamento, con la preoccupazione degli effetti delle pronunce per quel che il sistema incidentale richiede, e cioè la retroattività; un Giudice costituzionale che nella sua decisione si stacca dal caso concreto e dal giudizio a quo , avendo come principale interlocutore il legislatore, la politica e, per dirla senza mezzi termini, la società.

Ed è molto affascinante anche la ricostruzione storica dell'Autrice, che sottolinea la centralità del potere giudiziario anche nella composizione della Corte costituzionale (p. 45), ma proprio queste importanti considerazioni non mi convincono sulla effettiva trasformazione del nostro modello nel senso suggerito nel Volume.

Credo, infatti, che la storia della Corte costituzionale sia stata sicuramente caratterizzata dal rapporto con il potere giudiziario e, come ha magistralmente teorizzato il nostro comune Maestro, Valerio Onida, l'attuazione stessa della Costituzione sia stata affidata a una stretta collaborazione fra Corte costituzionale e giudici (così V. Onida, *L'attuazione della Costituzione tra Magistratura e Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1977, 510 e ss.). Tuttavia, proprio i primi anni di lavoro del Giudice costituzionale dimostrano che furono alcuni giudici, quelli più giovani, a prendere sul serio la Costituzione, non soltanto sollevando le questioni di legittimità costituzionale, ma anche stimolando la Corte nell'invenzione di tecniche decisorie che le consentissero di "fare da sola". I magistrati di Cassazione, al contrario, innescarono un braccio di ferro con il Giudice costituzionale, rifiutando di seguire le sue interpretazioni, anche quando rafforzate nella forma delle decisioni "interpretative di rigetto", mentre l'inerzia del legislatore costringeva di fatto la Corte costituzionale al difficile compito di adeguamento del vecchio ordinamento, soprattutto quello fascista, alla Costituzione.

Credo, infatti, che la storia della giustizia costituzionale italiana sia sicuramente caratterizzata dal rapporto con la magistratura, ma anche e soprattutto dal mancato rapporto e raccordo con il legislatore. Tutte le tecniche decisorie che la Corte ha sviluppato, introdotto e sta sperimentando anche oggi sono determinate non tanto da una volontà del Giudice costituzionale di uscire fuori dal perimetro assegnatogli dalla Costituzione, quanto soprattutto dall'esigenza di dare risposte alla società, in assenza di risposte dal Parlamento.

Così è stato per le decisioni manipolative, nate negli anni sessanta per la necessità di adeguare norme incostituzionali ai principi costituzionali senza, però, determinare lacune pericolose nell'ordinamento: è stata una scelta del nostro Giudice costituzionale, quella dell'*horror vacui*, una scelta, a guardarla ora, assolutamente lungimirante.

Così è, però, anche ora: mi riferisco alla nuova tecnica della doppia pronuncia, inaugurata con il famoso "caso Cappato". Se pensiamo che, in questo caso, la Corte ha voluto introdurre in via pretoria un accertamento di incostituzionalità senza contestuale

dichiarazione di nullità, in modo analogo, pur con tutte le differenze che la dottrina ha messo in luce, a quello che avviene nel sistema di giustizia costituzionale tedesco. Dopo il terzo rinvio con "appello" al legislatore rimasto, ad oggi, inascoltato, possiamo cominciare a pensare che questo nuovo strumento sarà un modo per la Corte per dare tempo al legislatore, ben sapendo però di dovere, anche in questo caso, fare da sola.

Secondo l'Autrice, quindi, la Corte sarebbe una giurisdizione che fa *anche* "politica", sia pure in senso ampio, e che oggi non avrebbe senso continuare a rifarsi alla dicotomia "politica-giurisdizione" o chiedersi quale sia la sua vera natura. Se è vero che la Corte costituzionale, proprio a partire dalla sua giurisprudenza sulla legittimazione del giudice *a quo* ci ha insegnato a non introdurre nel processo costituzionale categorie formali e ci ha abituato, ad esempio, a qualificare giudici "ai limitati fini" che interessano per risolvere un problema specifico (così, ad esempio, la sentenza n. 12 del 1971 sulla legittimazione a sollevare questione di costituzionalità da parte della sezione disciplinare del CSM), è appunto in questo senso che è difficile affermare che la giurisprudenza sul rinvio pregiudiziale abbia spazzato via le affermazioni più risalenti, in base alle quali la Corte giudice non sarebbe. Tuttavia, il tema posto dall'Autrice, ci costringe oggi a ripensare ad un dibattito degli anni di avvio della giustizia costituzionale, condotto soprattutto da parte della dottrina processual-civilista e che mi ha molto appassionato (si consenta il rinvio ai miei: *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1991, e, anche, *Dalla giustizia costituzionale al diritto processuale costituzionale: spunti introduttivi*, in *Giur.it*., 1990, 480 e ss.) e che è stato ripreso alla fine degli anni ottanta proprio su sollecitazione dello stesso Giudice costituzionale (si richiama, in questa sede, il noto Convegno *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 novembre 1989 e la successiva raccolta degli atti AA.VV., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale, Atti pubblicati in occasione del Seminario di studi svoltosi a Roma il 13 e il 14 novembre 1989*, Giuffrè, Milano, 1990) sulla natura del processo costituzionale, alla luce della posizione della stessa natura e posizione della Corte costituzionale nel sistema. Rimango convinta che, pur essendo passato del tempo, vi siano alcuni aspetti essenziali da ribadire: la Corte costituzionale non è un giudice in senso proprio, perché i giudici non dispongono del loro processo, come la Corte invece fa, attraverso soprattutto i suoi poteri normativi (pensiamo alla recente riforma del gennaio 2020 delle *Norme integrative* e alle sue potenzialità di trasformazione del giudizio costituzionale e alla recentissima Deliberazione del 22 luglio 2021, di riforma delle Norme Integrative per un processo costituzionale telematico, che entreranno in vigore il prossimo 3 dicembre) e non è neanche un organo politico, agendo "nelle forme e nei limiti" di un processo composto anche di una disciplina di rango costituzionale e ordinario. Non è giudice, perché quando risolve una questione di costituzionalità, i suoi effetti, se di accoglimento, sono generali e la stessa Corte costituzionale ha in più occasioni e, di recente, a partire dalla sentenza n. 10 del 2015 tentato di disciplinarne e di contenerne gli effetti retroattivi. Ma proprio sul tema degli effetti, in assenza di una disciplina di rango costituzionale o

almeno primario, la Corte si scontra con l'impossibilità di rescindere il legame con il giudizio *a quo* e di trattare e gestire il "tempo" come se fosse un legislatore.

È utile oggi riprendere quelle categorie, perché siamo di fronte ad un quadro diverso, dove le spinte per un mondo dei diritti soddisfatto, anche creativamente, soprattutto da Corte costituzionali e giudici, è molto forte. Ma potremmo chiederci, come dottrina, fino a che punto possiamo e dobbiamo sostenere questa spinta o non invece avvertirne e studiarne anche i pericoli. E non tanto per esigenze formaliste (bene fa l'Autrice a sostenere il suo punto di vista, in base al quale le contrapposizioni dogmatiche oggi siano inutili).

A mio avviso si tratta di esigenze di sostanza: proprio se ci poniamo dalla parte di quei "diritti" negati, che davanti a giudici e Corte spingono per essere riconosciuti, è importante mantenere una forte distinzione di ruoli: ciò che può fare il singolo giudice per quei diritti è diverso e più limitato di quello che può fare la Corte; e ciò che può fare la Corte, a sua volta, è infinitamente meno di quello che potrebbe fare il legislatore. Per questo motivo, dovremmo prendere sul serio Massimo Luciani, quando ci invita a recuperare il senso e il gusto di un costituzionalismo "polemico".

Selezionando gli innumerevoli filoni aperti dalla lettura di questo volume, vi è un altro punto di fondo su cui mi piacerebbe ragionare. Mi riferisco all'impatto del "tango" e, cioè, la portata della decisione n. 356 del 1996, con cui la Corte affida ai giudici comuni, in prima battuta, l'attuazione della Costituzione. Afferma, infatti, la Corte che: "le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali" (così il punto n. 4 del *Cons. in Dir.*).

Bene sottolinea Elisabetta Lamarque che questa decisione apre un nuovo capitolo, molto più collaborativo, del rapporto fra Corte e giudici, che da quel momento l'attuazione della Costituzione è "condivisa" e si pongono le basi perché i principi costituzionali possano trovare piena realizzazione nel nostro ordinamento.

Su questo punto mi permetto di introdurre una visione critica: è vero che, dal punto di vista teorico e pratico in molti casi, questa decisione ha finalmente chiamato tutti i giudici alla responsabilità di un'attuazione "in concreto" della Costituzione. Molte vicende hanno quindi avuto un esito positivo, ma ci sono dati che introducono qualche dubbio e altri che non conosciamo ma su cui dovremmo, a mio avviso, indagare.

Senza dubbio, quella decisione ha provocato nel giro di pochi anni una notevole riduzione delle questioni sollevate in via incidentale: questo aspetto, da un lato, potrebbe essere visto positivamente, perché indice di un maggiore ricorso all'interpretazione conforme, che rende inutile la sollevazione della questione, evitando tra l'altro sospensioni dei giudizi e un allungamento dei tempi dei processi principali.

Ma cosa succede veramente davanti ai giudici comuni? Siamo davvero di fronte a giudici con una cultura costituzionale che permea l'interpretazione delle leggi? Giudici che rispondono di fronte alle questioni poste dalle parti?

Non abbiamo statistiche sulle questioni ritenute manifestamente infondate nei giudizi *a quibus*, ma ancora meno su quello che i giudici non prendono neanche in considerazione.

Nella mia limitata esperienza professionale, in questioni che riguardavano diritti fondamentali, come quelle legate alla legge n. 40 del 2004, in tema di fecondazione medicalmente assistita, o di diritti delle coppie *same-sex*, non è facile far sollevare una questione di legittimità costituzionale, ma soprattutto avere una risposta sulla questione. E i diritti nel processo *a quo* sono una zona grigia che dovremmo cercare di analizzare di più, perché è proprio lì che emergono le maggiori necessità di tutela ed è sempre lì che emergono le maggiori lacune, come bene ha dimostrato Costanza Nardocci (il riferimento è a *Il "diritto" al Giudice costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020).

Concludo con un'ultima considerazione che esula dai temi trattati dall'Autrice, ma su cui oggi dovremmo interrogarci: le nostre aule universitarie formano futuri magistrati e avvocate/i in modo idoneo ad affrontare le sfide di una questione che coinvolge principi costituzionali, del modo corretto di interpretare in modo conforme a Costituzione e di fare istanza, come avvocata/o, o sollevare, come giudice, una questione di costituzionalità? Se davvero vogliamo ancora sostenere, come ritiene l'Autrice, insieme a gran parte della dottrina, che il nostro sistema incidentale oggi è ricco ed esaustivo e che non sarebbe utile introdurre forme di ricorso diretto, allora dobbiamo occuparci meglio e di più della formazione costituzionale di chi si troverà di fronte a casi dove la Costituzione va maneggiata con cura.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sentenza *Parrillo c. Italia* (Grande Camera, n. 46470/11, 27 agosto 2015), ha svolto profonde riflessioni sulla natura del nostro sistema e sul "diritto al Giudice costituzionale", che, a suo avviso, il meccanismo incidentale non soddisferebbe pienamente, pregiudicando la salvaguardia dei principi sanciti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (in particolare, si veda, in questo senso, l'opinione parzialmente concorrente dei giudici Casadevall, Raimondi, Berra, Nicolaou, Dedov).

Mi piacerebbe che si potesse davvero rispondere al Giudice europeo con dati certi, che oggi non abbiamo.

REPLICA

ELISABETTA LAMARQUE[*]

Sono molto grata a Marilisa D'Amico per la sua recensione frutto di una lettura attenta e partecipata, approfondita, autorevole.

È la recensione che tutti gli autori vorrebbero avere, perché aggiunge spunti di riflessione al tema trattato nel libro, allarga lo sguardo e invita al dialogo. Un dialogo che per me è iniziato al tempo della mia tesi di laurea, di cui Marilisa D'Amico è stata relatrice, e ora prende un nuovo avvio, ma certo non termina, con questa breve replica.

Qui vorrei sottolineare solo due punti, tra i molti trattati nella recensione, sui quali mi trovo in perfetta sintonia.

Il primo. È verissimo, come dice molto bene Marilisa, che la storia della giustizia costituzionale italiana è caratterizzata non soltanto dal rapporto con la magistratura, "ma anche e soprattutto dal mancato rapporto e raccordo con il legislatore".

La relazione della Corte costituzionale con il legislatore è l'altra storia, la storia che non ho (ancora) potuto raccontare. La storia "polemica", per riprendere l'efficace aggettivo utilizzato da Massimo Luciani, parallela a quella della relazione con la magistratura e complessa come la vicenda delle "madri parallele" di Almodovar.

È ancora più vero ciò che Marilisa aggiunge subito dopo, che cioè "tutte le tecniche decisorie che la Corte ha sviluppato, introdotto e sta sperimentando anche oggi sono determinate non tanto da una volontà del Giudice costituzionale di uscire fuori dal perimetro assegnatogli dalla Costituzione, quanto soprattutto dall'esigenza di dare risposte alla società, in assenza di risposte dal Parlamento".

Nel mio libro racconto che i giudici, fin dall'inizio unici intermediari tra la società e la Corte costituzionale, hanno via via svolto in modo sempre più efficace questa loro funzione, e tuttora la svolgono molto bene, nonostante il calo numerico delle ordinanze di rimessione che si è avuto negli ultimi anni. Tramite i giudici, infatti, ancora oggi tutte le domande di giustizia più scottanti presenti nella società riescono ad arrivare, prima o poi, alla Corte la quale, a sua volta, non fa altro che attrezzarsi per rispondere nel modo più adeguato.

Il secondo punto su cui concordo profondamente con Marilisa è che purtroppo, da avvocati, "non è facile far sollevare una questione di legittimità costituzionale", e che questa difficoltà in gran parte dipende da una carente formazione – direi quasi una carente 'sensibilizzazione' – costituzionale degli studenti universitari, futuri giudici e avvocati.

Aggiungo, però, che neanche la formazione permanente dei magistrati e degli avvocati in materia di giustizia costituzionale mi pare sufficiente.

[*] Professoressa associata di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Milano-Bicocca.

Faccio solo un esempio. Nel libro sostengo che ciò che forse più minaccia la buona tenuta, per il futuro, della relazione tra Corte e giudici, sulla quale si fonda l'intero nostro sistema di controllo di costituzionalità, è il dilagare della *sospensione impropria* (pp. 182 ss.).

Con questo nome, come alcuni sanno, si indica quel fenomeno dalla duplice veste, *soft* e *hard*, che vede i giudici sospendere i propri giudizi in presenza di un dubbio di costituzionalità rilevante e non manifestamente infondato senza sollevare la questione davanti alla Corte costituzionale, qualora la medesima questione sia stata già sollevata da altro giudice e si sia in attesa della risposta della Corte.

Quando mi è capitato di insegnare alla Scuola Superiore della Magistratura o di parlare di questo fenomeno con qualche magistrato o avvocato, ho sempre riscontrato che nessuno aveva mai spiegato loro che la sospensione impropria non dovrebbe mai essere praticata, e ciò non solo perché non è prevista dalle norme processuali comuni e contraria alle poche norme positive sul sistema incidentale di controllo di costituzionalità, ma anche perché gravemente dannosa, per i motivi che qui non intendo ripetere, al buon funzionamento del sistema.

Ora mi sono accorta, per fortuna, di non essere più la sola a denunciare il fenomeno. Anche Vittorio Angiolini, ad esempio, ha criticato questa pratica diffusa nella sua relazione introduttiva proprio al convegno del Gruppo di Pisa di Milano dello scorso 12 novembre.

Ma forse è giunto il momento, per tutti noi costituzionalisti che abbiamo una responsabilità istituzionale nella formazione dei giuristi, di impegnarci seriamente nella battaglia contro questa pratica.

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

G. GONZALES MANTILLA (a cura di), *CULTURA CONSTITUCIONAL Y DERECHO VIVIENTE. ESCRITOS EN HONOR AL PROFESOR ROBERTO ROMBOLI*, VOLL. I E II, LIMA, CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, 2021

RECENSIONE[*]

ANTONIO RUGGERI[**]

Trattasi di una poderosa raccolta di contributi su temi di particolare impegno teorico e scottante attualità politico-istituzionale offerti da numerosi studiosi di varî Paesi, in ispecie sudamericani ed europei (con una nutrita rappresentanza italiana).

Consta di due tomi per un ammontare di oltre 1700 pagg. e si articola in cinque parti, dedicate, la prima, al Gruppo di Pisa ed alla figura dell'onorato; la seconda, a giustizia costituzionale e diritti: i mali del passato e le sfide del secolo in corso; la terza, ai diritti fondamentali ed alle loro sfide; la quarta, a Stato, Costituzione e democrazia; l'ultima, ai giudici, alla loro indipendenza ed al ruolo da essi esercitato nella costruzione dei diritti.

Non è di certo per mero accidente che il lemma "diritti" figuri in modo esplicito in più parti, come pure che due di esse puntino i riflettori sui giudici e la giurisdizione, con particolare attenzione a quella costituzionale. Una scelta, questa, felice e doverosa allo stesso tempo, per plurime ragioni, le principali delle quali si devono, in primo luogo, alla destinazione degli scritti che onorano uno studioso di levatura internazionale (come, peraltro, testimonia il fatto stesso che la raccolta sia stata organizzata in un Paese diverso e lontano da quello in cui lo stesso si è formato ed opera) che, pur nutrendo ed incessantemente coltivando interessi di ricerca afferenti a plurimi ambiti materiali di esperienza facenti capo al diritto costituzionale, ha fatto dei temi sopra indicati la cifra maggiormente caratterizzante i suoi studi.

---

[*] Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista.
[**] Professore emerito di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Messina.

In secondo luogo, l'opzione suddetta naturalmente riflette una generale tendenza del tempo presente che vede i giudici protagonisti delle più salienti dinamiche istituzionali e principali artefici di fatto della tutela dei diritti, in "supplenza" – come suole dirsi – di un legislatore che, da noi come altrove, mostra di essere afflitto da una crisi d'identità dalle risalenti ascendenze e dalle plurime e viepiù vistose manifestazioni. Non è a caso, dunque, che la gran parte dei contributi – a volte in modo dichiarato, persino nel titolo, altre volte comunque nella sostanza – si faccia cura di evidenziare, per un verso, la centralità di "posto" detenuto dalla giurisdizione in genere e da quella costituzionale in ispecie nel sistema delle pubbliche funzioni e, per un altro verso, il ruolo da essa giocato nella "costruzione" – per riprendere in modo fedele il termine che, come si è veduto, figura nell'ultima parte dell'opera – dei diritti.

Per il primo aspetto, non si trascura di rilevare, con toni ora più ed ora meno marcati e sia pure nella varietà degli orientamenti teorico-ricostruttivi, la complessità del rapporto intercorrente tra i giudici e i tribunali costituzionali da un canto, il legislatore dall'altro. E così, avuto specifico riguardo ad alcune ricorrenti espressioni della giurisdizione costituzionale, se ne evidenziano le perduranti e gravi oscillazioni tra i poli estremi della "deferenza" e della sostanziale occupazione del campo un tempo rimesso alla esclusiva coltivazione del secondo. Non si trascuri, poi, che – com'è opportunamente messo in chiaro da A. Barrero Ortega in relazione al primo *trend* ma, a mia opinione, con notazione suscettibile di essere riferita anche al secondo – trattasi pur sempre di un fatto di "misura" (di una "cuestión de grado": 155) che, poi, ridonda e si riflette nella "misura" stessa con cui i diritti sono tutelati. Una questione, questa, assai spinosa – come si sa – in ispecie per i diritti sociali che, pur dopo aver raggiunto un certo livello di protezione, si trovano per ragioni varie di contesto esposti al rischio dell'abbassamento dello stesso; rischio – come pure è noto – concretatosi in ispecie in talune congiunture non poco sofferte, nel corso delle quali il morso della crisi economica si è vistosamente avvertito (su ciò, tra gli altri, lo scritto di V. Bazán). È pur vero che non si manca di rimarcare come il c.d. "nucleo essenziale" dei diritti debba, ad ogni buon conto, essere fatto salvo, a presidio della dignità della persona umana (valore, a mia opinione, non contrattabile o – come suol dirsi – passibile di "bilanciamento": in tema, oltre allo scritto di A. Barrero Ortega, part. quelli di L.A. Petit Guerra e A. Sperti). Dobbiamo tuttavia riconoscere, con crudo disincanto, che lo spirito di sopravvivenza innato nell'uomo rende malleabile in relazione alle circostanze la nozione di "nucleo essenziale", comunque per suo consustanziale limite avvolta da una fitta e ad oggi non rimossa coltre di ambiguità ed opacità concettuale.

Sul fronte opposto, diffusa (e, peraltro, come si sa, risalente) è l'attenzione prestata alle pronunzie dei giudici costituzionali a vario titolo "manipolative" – come è d'uso ormai chiamarle – dei testi di legge.

Solo alcune succinte notazioni, in questa rapida presentazione dell'opera, al riguardo.

La prima è che – come vado dicendo da tempo – la più saliente, seppur abilmente mascherata, riscrittura si ha nei riguardi dello stesso parametro costituzionale, per via d'interpretazione, e prende corpo in modo diffuso, a tappeto, sia laddove i verdetti del

tribunale costituzionale si facciano riportare ai tipi-base dell'accoglimento ovvero del rigetto "secco" e sia pure ove si concretino in pronunzie "normative" (per riprendere una cruda ed efficace qualifica datane da noi da G. Silvestri giusto quarant'anni addietro). Come dire, insomma, che le pronunzie maggiormente "manipolative" prescindono dal "tipo" o "sottotipo" al quale sono usualmente riportate e richiedono piuttosto uno studio accurato della sostanza normativa racchiusa nelle singole decisioni. Di questa esperienza peraltro – si faccia caso – si ha riscontro non soltanto in occasione dei giudizi sulle leggi ma in relazione a tutte le funzioni esercitate dalla Corte costituzionale, seppur in taluna più che in altre, ed inoltre – e il punto è di particolare interesse, seppur meritevole di ulteriore approfondimento, bisognoso ovviamente di aversi in altra sede – accomuna organi preposti alla giurisdizione costituzionale dalla varia conformazione complessiva ed operanti in contesti istituzionali e sociali in genere assai diversi tra di loro. Per quest'ultimo aspetto, davvero preziosa si rivela essere una raccolta, quale questa, che ospita scritti di studiosi dalla varia provenienza e sensibilità, nei quali cioè si registrano esperienze esse pure varie che, nondimeno, come si viene dicendo, esibiscono ugualmente taluni tratti seppur parzialmente comuni.

Non si trascuri, poi, la circostanza per cui la riscrittura per via d'interpretazione può aversi (ed effettivamente si ha) anche ad opera dei giudici comuni (e, ulteriormente generalizzando, di ogni interprete), per quanto risulti sovente poco o nient'affatto appariscente, abilmente mascherata da un uso non di rado sapiente e accorto delle tecniche interpretative ed argomentative: prende, cioè, forma lungo canali sotterranei e si ramifica e disperde in plurime direzioni, a motivo del numero pressoché incontenibile degli operatori di giustizia e – ciò che più importa – dei loro prodotti. Solo di rado e persino in modo casuale, infatti, alcune decisioni vengono fatte oggetto di mirata attenzione, diversamente da ciò che è proprio di quelle del tribunale costituzionale, tutte scrupolosamente monitorate e sistemate in "luoghi" comunque accessibili da studiosi ed operatori.

Sta di fatto che col tempo (e, soprattutto di recente, a ritmi accelerati e vistosi) si è assistito alla invenzione di tecniche decisorie viepiù ardite (per non dire, temerarie) e raffinate, necessitate proprio dal bisogno di dare appagamento a diritti che altrimenti sarebbero condannati a restare – chissà per quanto tempo ancora – sguarniti di tutela: tecniche, peraltro, come si sa, fatte oggetto di accurato vaglio critico, tra gli altri, dallo studioso cui la raccolta è dedicata. L'esperienza delle decisioni in due tempi, da noi inaugurata con *Cappato* (e quindi ripetuta anche in altre occasioni), va dunque messa in stretta correlazione con l'altra del sostanziale abbandono (o, meglio, della disponibilità secondo occasione) del limite delle "rime obbligate", un tempo giudicato invalicabile seppur rimesso pur sempre al suo riscontro ad opera dello stesso giudice costituzionale, e dall'inopinato transito alla sponda opposta dei "versi sciolti" (per riprendere ora l'efficace qualifica datane da D. Tega).

Nell'opera che qui si segnala non fa difetto la messa in chiaro delle ragioni che hanno portato il giudice costituzionale a questa svolta di grande momento e gravida di implicazioni tanto al piano dei rapporti istituzionali quanto a quello della teoria della Costituzione (particolarmente istruttiva, al riguardo, l'analisi finemente argomentata di

G. Silvestri, a cui opinione "la stessa cogenza delle 'rime obbligate', in taluni casi, si allenta, sin quasi a scomparire": 506). E, invero, come si è tentato di mostrare altrove, nel momento in cui il limite in parola diviene evanescente fino a svanire del tutto, il principio della separazione dei poteri – peraltro da tempo messo sotto *stress* dalle pratiche manipolative suddette – viene spazzato via senza rimedio, con ciò che ne consegue per quanto attiene all'idea stessa di Costituzione, quale mirabilmente scolpita nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789: il miglior lascito ereditato dai rivoluzionari francesi del quale anche lo Stato costituzionale del tempo presente non può, in alcun caso o modo, fare a meno, sempre che beninteso aspiri a trasmettersi con i caratteri suoi propri, senza abdicare dunque alla sua funzione tipica e qualificante che ha nel riferimento ai diritti fondamentali, al loro riconoscimento ed alla loro tutela, la sua cifra identificante e qualificante.

Si suol dire (e ancora nello scritto di Silvestri si rammenta) che tutto ciò si deve al bisogno di dare come che sia appagamento a diritti che ne sarebbero altrimenti privi. Il fine, insomma, *giustificherebbe* (corsivo non casuale) il mezzo.

Ora, è bensì vero che il diritto, secondo l'aureo insegnamento di una dottrina assai autorevole (S. Pugliatti), è, *in nuce*, una "scienza pratica", senza tuttavia – qui è il punto – che se ne possa machiavellicamente inferire il disinvolto abbandono dei canoni che stanno a base del processo la cui osservanza è condizione necessaria, seppur ovviamente non sufficiente, della "giurisdizionalità" della giurisdizione costituzionale (questione, questa, particolarmente spinosa, sulla quale l'occhio critico di R. Romboli si è ripetutamente soffermato). Ed è bensì vero che i canoni in parola possono, al pari peraltro di ogni disposto normativo, evolversi e caricarsi col tempo di significati inusuali, adeguati a sopravvenienti esigenze complessive del contesto in cui s'inscrivono e sono chiamati a farsi valere, secondo quanto peraltro è testimoniato da più di un contributo contenuto nella raccolta che ora si presenta. A volte – com'è da noi avvalorato dal sostanziale rifacimento delle Norme Integrative avutosi nel luglio scorso – i canoni stessi richiedono non secondari aggiustamenti messi in atto ora per via di normazione ed ora direttamente con l'incessante rinnovo della giurisprudenza. E, tuttavia, quanto si ha per quest'ultima via va incontro a limiti suoi propri, oltre i quali è fatale la confusione delle funzioni e, con essa, l'innaturale rimescolamento dei ruoli istituzionali, in palese disprezzo – come si viene dicendo – della separazione dei poteri.

Ebbene, di alcune di tali trasformazioni registratesi nei giudizi di costituzionalità si ha traccia in più studi, tra i quali quello di M. Labanca Corrêa de Araújo, di particolare interesse per il lettore italiano, dal momento che in esso l'esperienza brasiliana è riconsiderata alla luce di quella italiana. Nondimeno, spunti parimenti interessanti possono cogliersi altresì in molti altri contributi, tra i quali quelli di T. Groppi ed E. Malfatti nei quali, pur da non coincidenti punti di vista, si mette in evidenza con opportuni rilievi la tendenza al "riaccentramento" o – come la M., discostandosi dall'orientamento di una nutrita schiera di studiosi (tra i quali è lo stesso Romboli), preferisce dire (296 s., in nt. 2) – ad un "nueva centralización" nei giudizi sulle leggi, i cui riflessi si aprono a raggiera e, pur riguardando specificamente i rapporti tra Corte e giudici comuni, coinvolgono in realtà lo stesso legislatore e non restano,

quindi, senza conseguenze altresì al piano della teoria della Costituzione, per quelle mutue ed inscindibili implicazioni, dietro già rilevate, che si hanno tra gli equilibri (o… *squilibri*) di ordine istituzionale e l'idea stessa di Costituzione, per il modo o i modi con cui riesce a farsi in concreto valere.

Se ci si pensa, poi, persino con riferimento a pronunzie del tribunale costituzionale a prima impressione "neutre" o, come che sia, non gravide di valenza politica (o politico-istituzionale), quali quelle aventi ad oggetto omissioni o errori materiali (delle quali tratta, nella sua, come sempre, scrupolosa ed attenta analisi, S. Panizza), è dato talvolta registrare un certo tasso di apprezzamento discrezionale o, diciamo pure, di "politicità". Sul punto, a mia opinione sarebbe invero opportuno un supplemento di riflessione, che tuttavia deve ancora una volta rimandarsi ad altro luogo a ciò espressamente dedicato, specificamente volto a mettere a nudo talune integrazioni e/o correzioni in seno a pronunzie che, forse, davvero e fino in fondo "neutre" non sono.

Al di là di questa peculiare (e nondimeno non insignificante) esperienza, sono soprattutto i campi materiali nei quali vengono ad emersione i c.d. "nuovi" diritti (qualifica che meriterebbe essa pure non secondarie precisazioni), quali quelli relativi alle vessate e sofferte vicende d'inizio e fine-vita (su cui, v., nuovamente, lo studio di G. Silvestri sopra già richiamato), i più esposti a talune vigorose ed esondanti espressioni della giustizia costituzionale, nei quali cioè la *vis* normativa delle decisioni del giudice delle leggi ha modo di manifestarsi in tutta la sua cruda evidenza. Se ne ha, peraltro, conferma dagli studi in chiave comparata nei quali appaiono particolarmente marcate alcune linee di tendenza in buona sostanza comuni anche ad esperienze di giustizia costituzionale reciprocamente distanti per ciò che attiene alla conformazione complessiva dei tribunali costituzionali: segno tangibile, dunque, di una crisi diffusa e lacerante della rappresentanza politica che obbliga in misura crescente i giudici in genere e quelli costituzionali in ispecie a farsi carico di domande di tutela dei diritti (in ispecie di alcuni, quali quelli c.d. "sociali") profondamente avvertite in seno al corpo sociale.

Gli scritti qui riuniti danno, per la loro parte, testimonianza di questo bisogno, come pure rilevano le forme plurime e varie di "dialogo" intergiurisprudenziale (anche tra Corti appartenenti a diversi ordinamenti) per il cui tramite pure si ricercano, talora con palese affanno e non senza vistose forzature, le soluzioni di volta in volta più adeguate al fine di dare un qualche appagamento ai diritti.

La comparazione ha, per vero, molti volti, secondo quanto è messo in luce in modo chiaro dal contributo di P. Passaglia in cui se ne evidenziano le "funzioni". Dal mio punto di vista, come mi sono sforzato di mostrare altrove, può giocare tanto nel senso del rinnovamento quanto in quello della stabilizzazione degli orientamenti giurisprudenziali, prestandosi nondimeno talora ad assolvere ad una finalità retorico-argomentativa, ad ulteriore puntello o ad abbellimento di una decisione che, per come la rappresenta chi l'adotta, comunque dispone di sicuri riferimenti interni a suo sostegno. Fa giustamente notare P. che essa sovente si presenta quale un "elemento di contorno … e quasi mai un argomento fondante" (408).

Quando, poi, la comparazione offre un quadro fedele delle convergenze e divergenze riscontrabili negli orientamenti giurisprudenziali, ugualmente, per il fatto stesso di esserci e di essere giudicata comunque conducente al fine della dimostrazione della bontà della soluzione accolta, spinge nel verso di dare maggiore risalto alle prime rispetto alle seconde. Allo stesso tempo, si pone – a mio modo di vedere – quale risorsa preziosa a salvaguardia della "giurisdizionalità" della giurisdizione costituzionale avverso il rischio dello snaturamento complessivo della funzione, quale fatalmente si avrebbe per effetto della solitudine o, diciamo pure, del solipsismo del giudice quale unico garante in ultima istanza della legalità costituzionale: il rischio insomma – mi è venuto di dire altre volte – di un tribunale costituzionale quale *potere costituente permanente*, siccome abilitato ad esprimere "verità" non confutabili da alcuno al piano giuridico (ma solo, naturalmente, a quello culturale, della critica dei commentatori).

Ora, è bensì vero che le pronunzie della Corte – come da noi espressamente stabilito dall'art. 137, ult. c., Cost. – non vanno soggette ad alcuna impugnazione; e, tuttavia, la circostanza per cui le Corti non possono sottrarsi *di fatto* al reciproco confronto (e, se del caso, anche alla contestazione) fa crescere le garanzie di cui si dispone avverso la deriva autoritaria conseguente al sempre possibile riscontro nell'esperienza dell'antico detto latino "*sic volo sic iubeo*" che in modo imperioso riproporrebbe l'inquietante interrogativo del Giovenale della VI Satira in merito a *quis custodiet ipsos custodes*. Ed è chiaro – perlomeno tale ai miei occhi appare – che laddove il vertice della costruzione ordinamentale non dovesse essere più, *di fatto*, stabilmente occupato da un solo organo bensì da una pluralità di organi sostanzialmente omogenei per natura e funzioni e naturalmente portati a "dialogare" costantemente e paritariamente tra di loro, vale a dire non da una voce solista ma da un coro di voci, le garanzie complessive di tenuta degli equilibri costituzionali ne avrebbero di certo un guadagno.

Concludo. Particolarmente azzeccato mi sembra il titolo dato alla raccolta qui sommariamente presentata, mettendosi in evidenza che la cultura costituzionale si fa e senza sosta rinnova a mezzo del diritto vivente che, nondimeno, a mio modo di vedere (e diversamente da una consolidata tradizione teorica), non va inteso come esclusivamente riferito al diritto quale si forma ed incessantemente rinnova nelle aule dei tribunali in genere e, in ispecie, dei tribunali costituzionali. Certo, la commutazione del diritto vigente in vivente si realizza e rende palese soprattutto in tali sedi istituzionali, non esaurendosi tuttavia in esse soltanto. Ne dà conferma anche la corposa opera di cui si è qui discorso, col fatto stesso di ospitare (in ispecie, nella parte quarta) contributi che trattano temi non direttamente riportabili alle esperienze maturate nelle aule suddette, dai quali pure si hanno utili elementi in ordine a talune, salienti espressioni della cultura costituzionale.

Un'opera, dunque, che merita di essere conosciuta e tenuta nel giusto conto da studiosi ed operatori anche del nostro Paese; ed è con quest'animo che si è inteso qui segnalarla.

REPLICA

GORKI GONZALES MANTILLA*

En las siguientes líneas se sugieren algunas consideraciones adicionales a las propuestas en la recensión del profesor Antonio Ruggeri con motivo del libro en honor al profesor Roberto Romboli. Esta obra, en dos tomos, reúne los trabajos de 60 profesores de derecho constitucional de diversas universidades de Europa y América Latina. Las reflexiones tienen al frente, por supuesto, el reconocimiento a la trayectoria del homenajeado, pero a partir de ahí se abre una constelación de argumentos para discutir los problemas que suscita, principalmente, el vínculo entre la Constitución, los jueces y los derechos.

En el mundo contemporáneo esta es una relación gravitante si se piensa en la complejidad del orden político, en sus instituciones, pero también en los mecanismos para articular todo el conjunto en función de la pluralidad de intereses de las comunidades. Varios son los elementos de juicio que se observan en relación con este propósito: la cultura constitucional como expresión y resultado de un proceso que se integra a la historia de las sociedades, el derecho como parte de la misma relación, pero con su especificidad regulativa exigida por la realidad en los casos. También se observa la construcción de instrumentos y metodologías para mejorar la comprensión de las instituciones que forman el derecho desde la comparación (Ragone, p. 1707). En algunos casos, debido a la tradición jurídica y a su peso no solamente nominal los esfuerzos pasan inadvertidos, pero están en las bases del lenguaje con el que se trabaja, por lo tanto, llevan consigo un archivo cultural.

Una de las primeras consideraciones que llama la atención, si se sigue esta idea, es el papel que han cumplido las comunidades académicas o más bien las comunidades de juristas en el itinerario histórico de Europa continental[1]. Más allá del ordenamiento positivo, pero sin perder de vista su configuración, es particularmente interesante el esfuerzo realizado en esta perspectiva. Las comunidades de juristas han contribuido en forma decisiva a la formación del derecho. Desde las distintas posiciones que ocupan, es decir, como abogados, funcionarios o jueces, pero también como profesores de derecho estas comunidades han permitido dar sentido a las leyes y a las decisiones de los tribunales, para comprender su interacción con la sociedad y con el significado de las democracias. Estas comunidades han contribuido a impulsar la vida de las tradiciones jurídicas y este un factor que no puede pasar desapercibido cuando se piensa en el valor cultural, aún más allá del derecho, que las tradiciones representan en nuestros países.

* Profesor principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

[1] "De hecho, no es exagerado decir que existen grandes e importantes campos del Derecho que han sido creación de los juristas continentales". En: R.C. VAN CAENEGEM, *Jueces, Legisladores y profesores. Fases de la Historia Jurídica Europea*, Primera edición, Lima, 2011, 59.

Las tradiciones jurídicas se construyen haciendo frente a los desafíos de la historia. No son procesos lineales ni homogéneos como no lo son los procesos sociales. La convivencia en medio de la pluralidad cultural, social y política es el centro de gravedad que reclama la convergencia en el derecho, pero ello no impide los desencuentros y las contradicciones. Las tradiciones jurídicas son, por ello, el efecto de una fuerza cuyo origen diverso produce también respuestas diversas. Los grandes principios que las definen no son lápidas inconmovibles, al contrario, se proyectan como parte de una gran empresa en la que intervienen una infinidad de procesos sociales, y se definen circunstancialmente con la participación de las comunidades y sus miembros, incluidos los juristas.

Una comunidad con esta ambición no puede ser un grupo cerrado ni distante de lo que ocurre más allá de los confines básicos que definen la idea de lo propio versus lo ajeno. Aunque las preocupaciones de raíz estén localizadas, las exigencias culturales son ramificaciones de problemas y contradicciones universales, se sitúan a lo largo y ancho de las tradiciones jurídicas, pero incluso van más allá de ellas. Ese es el signo que marca la idea de esta obra colectiva como expresión de una comunidad de profesores que puede, y debe tener a su interior, desacuerdos de diverso alcance, pero que comparte algo tan poderoso que es capaz de asimilar y reconvertir esas mismas diferencias en nuevas posturas sobre los propios ordenamientos jurídicos, en ideas que oxigenan la reflexión anterior a partir de las experiencias que ocurren fuera para relanzar el carácter de la Constitución, así como los instrumentos para la garantía y realización de los derechos.

Esta idea de comunidad se ilustra en el itinerario abierto con el *Gruppo di Pisa* cuyo trabajo ha contribuido a construir una sólida perspectiva de investigación y debate en el derecho constitucional italiano. Se reconoce al propio Romboli como "fundador moral" (Famiglietti, p. 44) de este espacio, cuya primera reunión se produjo en 1990 para reflexionar sobre los cambios que se venían produciendo en la Corte Constitucional. Al margen de la relevancia del problema se trata de un punto de referencia crucial sobre los materiales y el diseño del G*ruppo* como comunidad hecha para la reflexión. Su futuro estaría signado por el pulso de la justicia constitucional, de su configuración y sus respuestas en el tiempo, pero también de la dinámica institucional, política y social de la que forma parte. El *Gruppo* asumió desde un principio el desafío que supone estar en aptitud para enfrentar este proceso y quizás el libro que hoy reúne a profesores de distintas latitudes, podría considerarse también un efecto de este hecho.

Los temas y problemas que esta obra contiene comparten entre sí una firme adhesión a los derechos como punto de referencia de los ordenamientos políticos y las democracias: es el gran escenario de la cultura constitucional en movimiento sobre todo después de la segunda guerra mundial en Europa continental, pero también el reflejo de este proceso en América Latina con sus enormes matices y particularidades. La cultura constitucional es una obra gigantesca por su extensión, si pensamos en la variedad de problemas que involucra, pero también por la profundidad de cada uno de los tópicos que la caracteriza. Los distintos materiales que concurren en su formación son

igualmente dinámicos y obedecen a los diferentes procesos de maduración política y social de los países. La cultura constitucional está presente en las aproximaciones que los autores revelan como claves para entender y avanzar en el papel que cumplen los jueces respecto de la constitución y el crucial significado de esta relación en la evolución de las democracias. Tiene que ver también con el papel de las cortes constitucionales como actores que irrumpen en medio de un debate sobre la necesidad de avanzar en la garantía de los derechos, pero que pone al descubierto muchas preguntas sobre el modelo representativo, sobre las minorías y también sobre las relaciones con la política.

La cultura constitucional es un proceso creativo en el que participa la comunidad de juristas en cualquiera de sus posiciones. No es atributo específico de alguna especialidad o particular estatus. Incluso la ciudadanía tiene su parte en este proceso, pues al final importa el sentido que adquiere la Constitución en la realidad. Se trata de una característica asociada al concepto de Constitución y a los valores que representa para el conjunto del ordenamiento y la vida social. Sin embargo, la comunidad de los profesores de derecho cumple una función estratégica por la función que desempeña. Los profesores de derecho están comprometidos con la reflexión y construcción del aparato crítico, es decir, con los elementos de juicio, conceptos, principios y perspectivas interpretativas que se producen en otros espacios del ordenamiento. Los profesores identifican las vigas maestras de ese material para repensarlo y atribuirle un orden, prioridad y sentido histórico. La cultura jurídica en general tiene en este proceso una de sus fuentes más relevantes, pues de ella surge una perspectiva que inspira e influye en el quehacer de los abogados, de los jueces y, por lo tanto, en el sentido concreto del derecho.

La cultura constitucional implica también una sensibilidad orientada por los valores que refleja el orden de los derechos fundamentales. Es por ello mismo una postura que involucra una gran apertura y empatía por la enorme pluralidad cultural que llevan consigo los procesos históricos en Europa o América Latina. En este sentido, las referencias de lo propio y lo ajeno desde el punto de vista constitucional no pueden soslayar los recorridos políticos y sociales divergentes, así como la vigencia de los factores originarios en la vida presente de las comunidades.

El derecho constitucional viviente se configura de todos estos trazos. Las decisiones de las cortes y tribunales son una fuente relevante, pero no son la única. Este derecho sobrepasa las fronteras delimitadas por las fuentes escritas y se reconstruye a través de las prácticas sociales porque con estas adquiere su significado práctico. Aparece en el sentido de los deberes que desde perspectivas individuales concurren en este enorme proceso colectivo, pero también en las reinterpretaciones de los tribunales. El derecho constitucional viviente utiliza la fuerza de la función ejercida por los jueces y tribunales que en su carácter evolutivo es capaz de reconocer también la realidad emergente. También puede ser el instrumento para dar voz y participación a los históricamente oprimidos en la construcción plural de sus derechos (Attard, p. 994), como en el caso de los derechos indígenas en América Latina, es decir, en una realidad

histórica diversa y de referentes lejanos a los que se han construido en las cortes y tribunales europeos.

La comunidad de profesores interviene en el proceso del derecho viviente no solo como receptor. Tiene la capacidad de desencadenar recorridos diferentes debido a su papel en la formación de los materiales y herramientas que los estudiantes incorporan en su perspectiva del derecho. Cumple un papel político debido al poder que implica su función en la conformación de la idea del derecho. La crítica sobre los desafíos que implica la imparcialidad de los jueces más allá de lo puramente conceptual, la dinámica política a la que se enfrenta la independencia judicial en los ordenamientos no solo como estructuras ideales, la evaluación de los instrumentos de garantía de los derechos, pensando en el amparo para la tutela de derechos (Diaz Revorio, p. 223) por ejemplo. Incluso el significado específico del llamado diálogo judicial entre cortes o los esfuerzos orientados a reconstruir la estructura de los derechos que en forma siempre evolutiva se ha desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: este "patrimonio" derivado de la prioridad que implican los derechos frente a su vulneración (Gómez Fernández, p. 1516). Sin duda, el trabajo de la comunidad de profesores representa la apertura de nuevos caminos y de mayores argumentos para avanzar por los ya conocidos: la reflexión sobre el material jurídico permite redefinir los territorios del derecho y crear nuevas preguntas sobre sus contenidos y también sobre sus límites.

Las ideas sobre el derecho que aparecen en estos dos volúmenes están en permanente compromiso con las demandas de una realidad compleja, donde la identidad y soberanía de los estados no responde más a los modelos vigentes en Europa hasta la primera mitad del siglo XX. El derecho es también un resultado de este nuevo orden. Es parte de los objetos y de la historia que este proceso implica. Por eso, la pregunta sobre la conformación del orden constitucional exige mirar atentamente la circulación de los materiales que se incorporan en las estructuras de las edificaciones constitucionales. La aparición de las cortes internacionales ha desarrollado una vía de producción, líneas de prioridad compartida, también de consecuencias que inciden en modo diverso sobre los ordenamientos estatales. Entonces, las constituciones se expanden e integran en su territorio la voz y hasta la participación de estos actores.

A esto se suma el proceso imparable del intercambio de normas que décadas atrás identificaba grandes áreas del derecho construidas a partir de los procesos de trasplantes y la recepción jurídica, pero que hoy parece ser un escenario abierto donde las transferencias son más difusas y cotidianas. Sin embargo, lo que interesa de estos procesos antes que describir los diseños y procesos formales de cada sitio de producción jurídica, es reconocer las razones epistemológicas, morales y políticas que están en las bases de esos ordenamientos[2], en la forma que adquieren sus prácticas institucionales (Labanca, p. 291), en la posición que asumen las cortes frente a ellas (Passaglia, p. 408). Es la respuesta a la necesidad de entender mejor de qué está hecho el edificio constitucional propio (Bagni, p.1001), para mejorar el sentido de los derechos, o corregir la funcionalidad de los procedimientos y diseños institucionales.

[2] Véase, D. LÓPEZ MEDINA, *La Teoría Impura del Derecho. La Transformación de la Cultura Jurídica Latinoamericana*, Bogotá, 2004, 78.

Esta obra también muestra la preocupación compartida sobre la Constitución como realidad que puede y debe contribuir a mejorar la vida de las personas y de las comunidades, pues no existe otra manera de entender el significado de los derechos, ni otra respuesta que justifique la existencia de las democracias constitucionales. La cultura constitucional implica seguramente esta acepción no solo como una aspiración retórica, es el sentido ético que ratifica su vigencia y la razón que la mantiene viva.

GdP
GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

G. ROMEO, *L'ARGOMENTAZIONE COSTITUZIONALE DI* COMMON LAW, TORINO, GIAPPICHELLI, 2020

L'ARGOMENTAZIONE COSTITUZIONALE DI *COMMON LAW* (SPUNTI A PARTIRE DAL VOLUME DI GRAZIELLA ROMEO)*

NICOLÒ ZANON**

1. Costituisce un pregio non particolarmente diffuso e frequente – riservato alla letteratura giuridica "colta", se è lecito usare questa espressione – quello di saper cogliere la identità e la natura di una o più tradizioni giuridiche, attraverso lo studio delle forme che assume il ragionamento costituzionale (*constitutional reasoning*), quello in uso presso le corti supreme o costituzionali di un determinato ordinamento, ma anche quello della relativa dottrina accademica.

In questo, la monografia di Graziella Romeo (*L'argomentazione costituzionale di* common law, Torino, 2020) è un'operazione culturale di rilievo, proprio perché ha l'obbiettivo di identificare alcuni elementi essenziali della *tradizione giuridica* di *common law*, nonché di stabilire come essi influiscono sui modi di essere del discorso costituzionale e, dunque, anche sull'interpretazione degli stessi testi costituzionali.

Nel caso degli ordinamenti di *common law* presi in esame (Stati Uniti e Regno Unito, come è ovvio, ma anche Irlanda, Nuova Zelanda, Australia e Canada), l'aspetto essenziale di cui tenere conto è un ambiente giuridico profondamente legato alla tradizione giuridica, intesa come e*redità* storico-culturale, la cui difesa e preservazione da parte dei diversi interpreti costituisce un obbiettivo di fondo.

Non a caso, l'avventura del volume muove da una domanda radicale, proveniente (ancora non a caso) da una giurista che appartiene per origine al mondo europeo-continentale: in che modo possono convivere, e trovare equo contemperamento, il mantenimento delle tradizioni di *common law*, da un lato, e i *tòpoi* del ragionamento di

---

* Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista.

** Giudice della Corte costituzionale. Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Milano.

diritto costituzionale, dall'altro? Come risolvere la inevitabile tensione tra questi due mondi così diversi?

Il mondo di *common law*, in effetti, è un mondo ove il diritto è oggetto di creazione e rielaborazione secondo la regola del precedente, e il metodo dominante è quello dello sviluppo progressivo, lento e incrementale, che non può contraddire la tradizione o distaccarsi completamente da essa. Per parte sua, il ragionamento tipico del costituzionalismo europeo-continentale è invece guidato, in genere, dalla gerarchizzazione della finalità di tutela (dei diritti fondamentali, ad esempio), o comunque dalla pretesa assolutizzante di affermazione del principio costituzionale di volta in volta considerato (e andrebbe riconosciuto che il tanto celebrato "bilanciamento" tra principi o valori non è che un tentativo di "addomesticare", o rendere "mite", questo aspetto, senza però affatto negarne il presupposto di fondo: la pretesa del valore di valere, secondo la sua natura, come affermava Carl Schmitt in *Die Tyrannei der Werte*…).

Inoltre, è stato messo in evidenza come, mentre nel *common law constitutionalism* il passato e le tradizioni sono una risorsa culturale essenziale, il costituzionalismo europeo-continentale, per note ragioni storiche, è essenzialmente mosso da una forte polemica proprio contro quel passato e quelle tradizioni[1].

In proposito, la persuasiva risposta dell'Autrice alla domanda prima ricordata è che la tensione in discorso innegabilmente esiste: la pretesa di effettività immediata degli imperativi costituzionali può entrare in contrapposizione, negli ordinamenti di *common law*, con l'orientamento alla conservazione di soluzioni giuridiche tradizionali, o con la scelta di condizionarne il superamento a un lento processo, che richiede progressiva e graduale accettazione.

La partita del costituzionalismo di *common law*, insomma, si gioca, in un equilibrio irisolto, tra i due poli della conservazione della tradizione, da una parte, e della evoluzione costituzionale, dall'altra.

2. Percorre tutto il volume una attenta analisi delle *dottrine* dell'interpretazione (quelle che ci dicono *come* si interpretano i testi giuridici, mentre le *teorie* dell'interpretazione ci indicano invece *cosa* è l'interpretazione), sia accademiche che giurisprudenziali, soprattutto di quelle originaliste e testualiste, americane e non solo (ad esempio quelle diffuse in Australia).

Si può anzi sostenere come sia una costante del volume la constatazione della presenza, nei sei ordinamenti presi in esame, di forme di testualismo ed originalismo nelle dottrine e nelle pratiche di interpretazione costituzionale. Aver messo in luce questo legame profondo tra testualismo originalista e tradizione di *common law* appare, in effetti, almeno agli occhi di scrive, come uno dei risultati più interessanti del volume.

Il libro dimostra efficacemente come, in ambiente di *common law*, queste dottrine –ovviamente non le uniche presenti sulla scena, ma quelle più combattive – non sono liquidabili come semplice espressione di un ingenuo estremismo positivista e legalista.

[1] Così G. REPETTO, *Intorno al* common law constitutionalism. Recensione a "L'argomentazione costituzionale di common law" di Graziella Romeo, in Diritti comparati, 12 marzo 2021.

Culturalmente, esse sostengono l'idea per cui il testo costituzionale non è un "*living document*", che, cambiando insieme ai tempi, deve riflettere «*the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society*», ma è un testo che ha risolto lo scontro tra le fazioni, ha dato le regole fondamentali ai suoi cittadini, ed è perciò diventato, proprio per questo, una "lettera morta" (come diceva Scalia: «*the Constitution is dead. Dead. Dead. Dead*»).

Per le dottrine in questione, derivano da questa constatazione due necessità: da un lato, il giudice, interpretando e applicando la Costituzione, deve stare alla larga dal confronto politico, lasciando al processo politico la sua intera libertà (con una visione che coincide, mette in evidenza Romeo, con le tesi del *political constitutionalism*); dall'altro, la necessità che la "lettera morta" del testo costituzionale vada interpretata, appunto, testualmente, sulla base di una ricostruzione storicamente accurata della fase costituente, secondo una tecnica che dovrebbe servire a contenere gli eccessi arbitrari del giudiziario e a preservare la prudenza di un giudice che resta un giudice di *common law*, inserito in quella tradizione di prudenza.

Appare plausibile, nell'ambito del diritto costituzionale, la constatazione di un'oggettiva convergenza di scopi tra tradizione di *common law* e obbiettivi delle dottrine testualiste, salvo quanto si dirà in prosieguo. In effetti, ben si ambienta nella tradizione culturale di *common law* la "prestazione" essenziale del testualismo, ovvero l'intento di circoscrivere l'attività creativa dei giudici e, quindi, di tutelare sia la separazione dei poteri, sia la discrezionalità legislativa. In questa stessa tradizione si acclimata agevolmente anche la generale ritrosia verso forme di interpretazione secondo lo scopo o il valore (*purposivism*, dottrina pur fortemente presente, soprattutto in Canada), vagamente agganciate all'identificazione di valori e principi nella trama costituzionale, ma a prescindere da un qualche serio ancoraggio nella tradizione storico-giuridica.

3. Nel volume in esame, la descrizione del rapporto di tensione dialettica tra *constitution* (e dottrine relative alla sua *supremacy*) e *common law* non si esaurisce, peraltro, nelle varie acquisizioni appena indicate. Al contrario, è messa in luce una notevole duttilità, e talvolta una certa ambiguità, di rapporti e soluzioni. Nei diversi ordinamenti e nei diversi periodi storici, il rapporto tra costituzione e tradizione di *common law* pare infatti atteggiarsi secondo linee di convergenza/divergenza piuttosto complesse.

Così, da un lato, non è affatto estranea agli ordinamenti esaminati la pretesa di superiorità della Costituzione, che dovrebbe condurre gli interpreti (e i giudici) verso un'interpretazione conforme del diritto sostantivo di *common law*, in nome, appunto, della supremazia della Costituzione. Dall'altro, tuttavia, non è raro che la costituzione stessa risulti integrata dalla *common law*, se non addirittura interpretata in conformità ai principi desumibili da quest'ultima. E una simile posizione, osserva l'Autrice, è molto più netta tra i sostenitori dell'esistenza di "*common law constitutional or fundamental rights",* derivabili dalla stessa tradizione di *common law*.

4. La stessa *judicial review of legislation* assume, negli ordinamenti studiati, tratti peculiari, che la differenziano profondamente, sul piano innanzitutto culturale, dall'idea che gli europei continentali hanno sviluppato della giustizia costituzionale.

Colpisce il giurista continentale l'assenza, nel mondo di *common law*, di una teorizzazione del nesso tra rigidità della costituzione (e gerarchia delle fonti), da un lato, e controllo di costituzionalità, dall'altro: un legame che caratterizza invece la dogmatica espressa dalle esperienze costituzionali europeo-continentali successive alla seconda guerra mondiale in tema di controllo di costituzionalità.

Negli ordinamenti esaminati, non si rinvengono, inoltre, corti create *ad hoc* per svolgere un sindacato accentrato sulla legge, bensì corti supreme nel senso tradizionale del termine: ciò che, tra l'altro, favorisce anche la prossimità tra le dottrine e i metodi interpretativi impiegati nei giudizi ordinari e quelli utilizzati nel *judicial review of legislation.*

L'affermazione più interessante, ancora una volta scaturente dalla comprensione profonda di specifiche culture e tradizioni, è che la *judicial review*, negli ordinamenti considerati, si afferma, piuttosto, in ragione del radicamento, nella tradizione di *common law*, dell'idea del *controllo sull'esercizio arbitrario del potere*. Il *judicial review,* insomma, è molto più il frutto di questa esigenza pragmatica e di civiltà giuridica, piuttosto che non il risultato di una deduzione logica a partire dalla costruzione a gradi dell'ordinamento, di matrice kelseniana.

Il libro insiste, inoltre, sulla circostanza per cui alcuni caratteri della tradizione giuridica di *common law* incidono profondamente non solo sul diritto costituzionale dei paesi considerati, ma soprattutto e proprio sui caratteri della *constitutional adjudication*.

Intanto, in generale, la tradizione di *common law* costituisce, anche di fronte all'instaurazione di un nuovo ordinamento costituzionale, un serbatoio di principi e regole, che possono integrare il parametro costituzionale ogni qual volta ciò si renda praticabile in virtù di lacune nel testo (è citato l'esempio dell'Irlanda) o tutte le volte in cui il testo costituzionale scritto (laddove esiste) sembri ritrarsi di fronte all'esistenza di spazi giuridici occupati appunto dalla *common law* (il riferimento è, particolarmente, all'esperienza statunitense).

Da questo punto di vista, è interessante osservare come la *common law*, intesa come diritto sostanziale, arrivi a "competere" con il diritto costituzionale, non solo laddove un testo costituzionale manchi, ma proprio negli ordinamenti che conoscono un importante testo costituzionale scritto. Anche in questi ultimi, la *common law* risulta capace di esprimere principi che si confrontano "paritariamente" con quelli costituzionali, soprattutto, ma non solo, per le materie privatistiche.

Così, con riferimento agli Stati Uniti, viene ricordato come, di fronte a un caso di violazione del domicilio, *Justice* Scalia sia riuscito a convincere il resto del collegio della Corte suprema che il tradizionale istituto del *trespass* poteva essere uno strumento utile a garantire la tutela del diritto alla *privacy*, addirittura più del IV° emendamento. Oppure si sottolinea come esistano casi in cui il diritto alla *fair procedure* ha potuto rappresentare una soluzione che sostituisce l'invocazione del *due process*, derivante dagli emendamenti costituzionali. Anche con riguardo al processo penale, con

riferimento alla tutela dei diritti delle parti, emerge così come la *common law* possa risultare una riserva ricca di garanzie di antica elaborazione. Ed è ben noto come i giudici di vario livello abbiano frequentemente "lavorato" quel materiale giuridico per ottenerne, infine, la sistematizzazione di un *corpus* di regole poi cristallizzato in *doctrines* (tecniche di interpretazione e risoluzione di casi che, a loro volta, mette in evidenza l'Autrice, tendono a sostituire il testo costituzionale, non solo a integrarlo!)[2].

5. Negli ordinamenti di *common law* considerati, la regola del precedente vincolante condiziona talvolta l'applicazione e l'interpretazione del diritto costituzionale, dal momento che le decisioni passate possono sostituire, nel ragionamento delle corti, il confronto diretto tra la disposizione censurata di legittimità costituzionale e il testo costituzionale.

L'Autrice indaga a fondo queste dinamiche, soprattutto per ciò che concerne gli Stati Uniti, mettendo in luce come il *constitutional stare decisis* si presenta, però, come una versione parzialmente "indebolita" della dottrina tradizionale del precedente. Il precedente, cioè, esibisce uno statuto peculiare nella giurisprudenza costituzionale americana: viene richiamato non perché sia vincolante, bensì, o per la sua autorità persuasiva, o in funzione "suppletiva" rispetto ad altri percorsi argomentativi, ma anche – all'opposto! – come decisione che occorre "correggere" nell'interesse dello sviluppo dell'ordinamento costituzionale.

Qui può di nuovo emergere il rilievo delle dottrine dell'interpretazione del testo costituzionale, in una dimensione tuttavia complessa, che mostra come esse possono entrare in tensione con il valore del precedente.

È interessante notare come proprio gli originalisti manifestino, in questo ambito, un atteggiamento ambivalente: da un primo punto di vista, possono contestare il vincolo al precedente, o meglio il ricorso a quei precedenti che, a loro giudizio, si allontanano dalla Costituzione, radicandosi in letture evolutive, storicamente e letteralmente infondate, del testo costituzionale e della tradizione giuridica. In tal caso, a costituire problema per il testualista è la libertà di prescindere dalla Costituzione, che il richiamo di un precedente conferisce al giudice[3].

---

[2] Nel nostro ordinamento le cose, naturalmente, vanno in modo del tutto diverso, prima di tutto perché non è da noi invocabile alcun diritto comune "alternativo" a quanto desumibile da un testo costituzionale. Piuttosto, però, si possono forse richiamare, per una qualche analogia, i rari casi in cui la Corte costituzionale risolve il problema di costituzionalità presentatole affermando che al giudice è sufficiente far ricorso ai normali canoni di interpretazione (art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale), e in particolare a quello letterale e all'interpretazione sistematica, e non c'è alcun bisogno di ricorrere alla Costituzione né ad una pretesa interpretazione conforme: Sono i casi in cui, di fatto, la Corte costituzionale risolve la questione di legittimità costituzionale, magari relativa alla protezione di diritti fondamentali, ricorrendo alla sola legge ordinaria. Per un caso, cfr. la sentenza 16 del 2018, in cui la Corte risolve la questione con una pronuncia di non fondatezza per errata premessa interpretativa da parte del giudice *a quo*. La pronuncia ha destato qualche sconcerto nella dottrina, ove si lamenta la circostanza che la Corte non abbia fatto ricorso a una sentenza interpretativa di rigetto "nei sensi di cui in motivazione". Ma, appunto, non lo ha fatto perché per risolvere il dubbio del giudice non era necessario ricorrere alla Costituzione…

[3] Questo possibile conflitto tra vincolo a precedenti sentenze della Corte costituzionale, da una parte, e interpretazione del testo costituzionale, dall'altro, può verificarsi anche nella nostra esperienza costituzionale. Se ne accorge chi legga (con occhi che vedono) la sentenza n. 41 del 2021, avente ad

Da un secondo punto di vista, del tutto diverso, la logica del precedente e gli argomenti dell'originalismo presentano invece somiglianze. Intanto, nella costruzione teorica dello *stare decisis,* l'aderenza alle decisioni passate si giustifica in quanto queste ultime rappresentano soluzioni sperimentate e comunemente accettate; ma questo è un presupposto condiviso dalle dottrine originaliste, poiché per queste la stessa ricerca dell'*original intent* – luogo classico di alcune di tali dottrine – ha a che fare con l'attribuzione di forza normativa al passato, in quanto momento, per eccellenza, della creazione di regole, realizzata attraverso una pratica deliberativa i cui contenuti sono oggetto di conservazione nel tempo. Inoltre, logica del precedente e ricerca dell'*original intent* condividono significativamente l'idea della natura conoscitiva dell'attività interpretativa (un significato dei testi esiste, ed esso va "invenuto"). Infine, e di nuovo, in entrambe le costruzioni risuona la finalità di limitare la discrezionalità del giudice.

6. In alcune pagine centrali nell'economia del volume, l'Autrice riassume così tre caratteri essenziali del costituzionalismo di *common law*:

- esso ha un "abito" consuetudinario, derivante dalla tradizione. In effetti, l'aspirazione ordinatrice, di matrice razionalista, non è una caratteristica del costituzionalismo di *common law*. Per questo aspetto, conta molto, ovviamente, l'essenza consuetudinaria della *British Constitution*, che si trasferisce anche agli ordinamenti di diretta derivazione inglese, determinando la coesistenza tra costituzioni scritte e un apparato di norme consuetudinarie. Come si è appena detto, il tema del passato, del senso della tradizione, è del resto centrale nel costituzionalismo di *common law* e il libro lo mette efficacemente in evidenza: *doctrines, precedents*, circostanze storiche in cui i testi costituzionali sono stati adottati, costituiscono così un insieme di riferimenti e di strumenti di lavoro indispensabili all'interprete e al giudice;

- è caratterizzato dalla centralità della dimensione politica, in un ambiente culturale molto meno permeato, rispetto al nostro europeo-continentale, da sensibilità "antipolitiche": anche per ragioni storico-concrete, legate al modo in cui si sono sviluppati gli ordinamenti di *common law*, l'interprete è così portato a riconoscere che il diritto esiste, in primo luogo, come realtà storicamente definita, piuttosto che come costruzione intellettual-dogmatica;

- è inoltre segnato, come più volte si è detto, dalla presenza di una diffusa sensibilità testualista. In tal caso, l'attenzione per il rapporto concreto tra fatto e diritto, tipica del mondo di *common law*, spiega come qui il testualismo non sia quasi mai legalismo positivista, né mera forma di interpretazione letterale della Costituzione, ma si saldi sempre a una interpretazione storicista, che interroga le tradizioni, i lavori preparatori, i dibattiti dei *framers*.

Da quest'ultimo punto di vista, in definitiva, l'interprete del costituzionalismo di *common law* nutre sempre una certa diffidenza nei confronti di ogni dottrina

---

oggetto norme di legge che conferiscono a giudici ausiliari di appello lo *status* di componenti dei collegi delle sezioni della Corte d'appello come magistrati onorari: il problema sotteso alla motivazione consiste, sostanzialmente nel contrasto tra i precedenti della Corte e il testo dell'art. 106 Cost., ove stabilisce che la legge può ammettere la nomina (anche elettiva) di magistrati onorari per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli, mentre, appunto, i precedenti della Corte avevano autorizzato letture ben più estese…

dell'interpretazione per valori (*purposivism*) o delle interpretazioni teleologiche, finalisticamente orientate, perché mantiene gli anticorpi, storicamente radicati, contro il ragionamento deduttivo per principi o per valori, che procede per strappi e abbandona la logica della continuità storica.

7. Giova, infine, ricordare le ultime pagine del libro, dove l'Autrice chiarisce come la valorizzazione della dimensione storica, culturale e tradizionale del costituzionalismo di *common law* – l'attenzione al radicamento concreto delle soluzioni giuridiche in una comunità politica fattualmente e culturalmente definita – non implica affatto che tali dimensioni siano così esclusive da mettere fuori gioco qualsiasi altra esigenza di dialogo e comprensione transculturale.

Tuttavia, e questo invece lo dice il solo recensore senza imputarlo affatto all'Autrice, resta il dato essenziale che la lettura di un libro come questo, che consente di approfondire la conoscenza del rapporto tra costituzionalismo e tradizioni giuridiche, è comunque un buon antidoto contro gli eccessi – sia ingenui, sia frutto di ideologia – di un certo *global constitutionalism,* ignaro della storia e inconsapevole del fatto che il mondo in cui viviamo, più che un universo, è (ed è bene che resti) un *pluriversum*.

REPLICA

GRAZIELLA ROMEO[*]

Sono profondamente grata al Professor Nicolò Zanon per il tempo che egli ha dedicato al mio lavoro e per l'aver, con il suo testo, colto e raccontato con precisione, il percorso di ricerca del libro, peraltro secondo una linearità di svolgimento che svela, più chiaramente dell'opera commentata, tanto le interne connessioni logiche tra argomenti, quanto le possibili implicazioni generali delle tesi sostenute.

Il compito di replicare, devo confessare, è arduo non solo per l'autorevolezza del Recensore, ma anche per le riflessioni esposte, le quali aprono prospettive di ricerca che potrebbero essere indagate in percorsi più approfonditi di quelli consentiti dallo spazio di questa replica. Per queste ragioni, a fronte dei tanti spunti di approfondimento possibili, concentro la mia risposta su due profili che mi paiono catturare altrettanti elementi del ragionamento del Professor Zanon.

Il primo attiene alla domanda di ricerca dalla quale origina il libro. Quest'ultima è sintetizzabile come segue: il ragionamento giuridico di *common law* influisce sull'impostazione dell'argomentazione di (e sul) diritto costituzionale in quella tradizione giuridica?

A questa domanda può darsi risposta secondo almeno due approcci diversi. Innanzitutto, si può interrogare la giurisprudenza e comprendere, con una ricerca sistematica sulle pronunce, i modi in cui le Corti hanno *de facto* argomentato. È possibile così giungere a conclusioni sulla base dell'osservazione empirica, sostenendo la diffusione di questa o di quell'altra dottrina dell'interpretazione (e dell'argomentazione), così offrendo una spiegazione del dato giurisprudenziale, soggetta a una verificazione di tipo scientifico. In via alternativa, si può esplorare una ricostruzione culturale della tradizione giuridica per tentare di capire quella che Merryman chiamava la "cultural gravity" dei concetti e delle ricostruzioni giuridiche[1]. *Cultural gravity* è un'espressione che si riferisce all'esistenza di una forza gravitazionale che attira il significato di concetti, concettualizzazioni e istituti giuridici verso una direzione di coerenza con gli atteggiamenti intellettuali, le influenze culturali e persino l'epistemologia accreditata in una certa comunità politica. Il lavoro monografico si muove entro queste due direttrici, senza però la pretesa di offrire spiegazioni universalizzanti di cosa sia il ragionamento costituzionale di *common law* in senso astratto. E questa rinuncia si spiega appunto in ragione della convinzione per cui le specificità culturali non sono mai irrilevanti nell'esperienza dell'interpretare la (e dell'argomentare sulla) costituzione. In questo senso, il libro, come ha sottolineato il

[*] Professore Associato di Diritto pubblico comparato, Università Luigi Bocconi di Milano.

[1] J.H. MERRYMAN, *On Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the Common Law*, in 17 *Stanford Journal of International Law*, 357, 381, 1981.

Recensore, intende sostenere la necessità di guardare alla pratica argomentativa e interpretativa a partire dalla tradizione giuridica, decodificando di volta in volta il significato di statuizioni, decisioni e dottrine per offrirne una traduzione che non pretenda di trovare l'espressione omologa nella lingua di destinazione. Così, l'originalismo, una delle dottrine più dibattute – e forse meno vicine alla sensibilità di uno studioso europeo-continentale – nella riflessione costituzionale americana, affonda le sue radici in una pretesa di limitazione della dimensione assiologica del testo costituzionale, a beneficio di una lettura per la quale la costituzione risolve soltanto una porzione di conflitti una volta per tutte. La conflittualità di punti di vista che residua deve essere risolta nelle sedi politiche, cioè fuori dal *bench*. Ciò non esclude che dell'originalismo esistano utilizzi ideologici e preorientati al ritorno di letture liberali (e non democratico-sociali) della costituzione. Questa circostanza non può però, per un eccesso di realismo, offuscare la coerenza tra una certa versione dell'originalismo e una visione prudenziale del giudice di *common law* che si astiene da ogni decisione che abbia un impatto destabilizzante sulla comunità politica. Il rischio di trascurare una comprensione culturale dell'originalismo è quello di schiacciare eccessivamente la vita del diritto costituzionale americano sull'attualità politica, sottovalutando l'esistenza di spinte culturali diffuse e affascinanti anche per studiosi lontani dalla fazione che propugna oggi, in sede politica, le letture originaliste. E, del resto, l'originalismo non nasce *ex nihilo* durante la Presidenza Reagan e con *Justice* Scalia, ma poggia le sue basi nelle tesi che, concentrandosi sul XIV Emendamento, contestavano il processo di trasformazione del federalismo da competitivo a cooperativo[2].

La vicenda americana richiama alla mente un'altra tensione che caratterizza il mondo di *common law* e, soprattutto, il Regno Unito. Il riferimento è alla dialettica tra razionalismo e antirazionalismo che percorre questa cultura giuridica almeno dalla fondamentale opera "Rights of Man" di Thomas Paine[3]. Il razionalismo descrive, in questo contesto, la preferenza per una costituzione scritta, assistita dalla pretesa di conformare la realtà all'atto di volontà politica che essa rappresenta. L'antirazionalismo, invece, richiama l'atteggiamento intellettuale che diffida della capacità della ragione astratta di ordinare il composito materiale dell'esperienza umana secondo una logica e una saggezza superiori a quelle che la storia suggerisce o, addirittura, insegna. Così, la categoria dei *constitutional statutes* è tuttora nel Regno Unito di incerta definizione, non essendo pienamente accolta neppure in dottrina. Ne consegue che la dottrina dell'interpretazione costituzionale è ancora immatura e spesso genericamente identificata con un approccio di tipo *purposivist*, attento a cogliere la dimensione (anche) di principio delle norme che, proprio per questa ragione, sono caratterizzate come sostanzialmente costituzionali.

[2] Sul punto v. L.B. SOLUM, *What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory*, in *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, 2011, 1353, 1355.

[3] Il passaggio tra il significato antico e quello moderno di costituzione è chiaro nell'opera di Thomas Paine. Egli riteneva, infatti, che la costituzione dovesse essere un documento *antecedent to a government*, completo e con il carattere della legge fondamentale cioè della *higher form of law*: T. PAINE, *Rights of Man* (1791), trad. it., 1978, Roma, 148.

Ad ogni modo, anche ove una costituzione scritta è stata adottata, l'antirazionalismo storicista permane come tratto che qualifica l'atteggiamento intellettuale dei giudici. Così, per esempio, accade che la Corte Suprema irlandese, adita su una questione che chiama in causa il fondamento del controllo di costituzionalità delle leggi, inquadri l'esercizio del potere in questione nell'ambito del principio democratico, richiamando le tesi di Edmund Burke sulla moderazione del giudice di *common law* e sul rispetto dei valori tradizionali[4]. L'insegnamento di Burke, per il quale la costituzione è il risultato di una serie di mutamenti storico-politici metabolizzati dalla società civile e progressivamente divenuti norme[5], suggerisce alla Corte di non di compiere valutazioni sulla *substance* delle opzioni preferite dal legislatore.

In effetti, per cogliere la continuità della tradizione giuridica di *common law*, pur attraverso le profonde diversificazioni interne che essa ha manifestato, basti pensare che Edmund Burke, il filosofo politico che teorizzava (anche polemicamente) un'idea di costituzione come *inheritance*, non è semplicemente occasionalmente citato dai giudici irlandesi. Le tesi di Burke sono ciclicamente richiamate per sostenere o per contestare la necessità di radicare il riconoscimento dei diritti nella tradizione giuridica americana, in quanto espressione di esigenze di protezione alle quali è stata storicamente attribuita rilevanza costitutiva nella costruzione della convivenza della comunità politica[6]. Insomma, i giudici di ordinamenti informati alla tradizione giuridica secondo cui la costituzione esprime, come suggeriva Hamilton, un esercizio di ragione pratica e collettiva – e non un'eredità condivisa creata *by accident and force*[7] – non sono indifferenti all'idea che il lascito politico-culturale delle generazioni precedenti debba guidare la selezione dei significati della costituzione.

La recensione del Professor Zanon solleva un secondo profilo di riflessione che vorrei provare a cogliere, giacché ne condivido pienamente l'importanza. Il riferimento è, in particolare, al contributo che gli studi sulle tradizioni giuridiche possono offrire alla cosiddetta *generic constitutional law*, ossia a quell'ambito di ricerca giuridica che intende studiare il costituzionalismo in quanto fenomeno globale, segnalato dalla diffusione del controllo di costituzionalità sull'esercizio del potere legislativo e da sistemi di garanzia dei diritti fondamentali[8]. Si tratta di un filone di ricerca ricco, diversificato e capace di attirare l'interesse della comunità dei costituzionalisti a livello mondiale.

Ebbene, la *generic constitutional law* guarda alle esperienze costituzionali nella prospettiva di rilevare l'esistenza di un nucleo di caratteristiche costanti dei sistemi

---

[4] Si tratta in particolare delle sentenze: *T.D. v. Minister for Education*, [2001] 4 IR 332, 333 (Murray J). Ma anche *Maguire v. Ardagh* [2002] 1 IR 385; *State (Trimbole) v. The Governor of Mountjoy Prison*, [1985] 1 IR 557 (Egan J). Le pronunce citate riguardano tutte il sindacato di costituzionalità sulle leggi che disciplinano l'organizzazione e il funzionamento del Parlamento.

[5] E. BURKE, *Reflection on the Revolution in France*, trad. it., in *Scritti politici*, Torino, 1963, 189.

[6] V. per esempio la ricostruzione di E. YOUNG, *Rediscovering conservativism: Burkean political theory and constitutional interpretation*, in 72 *North Carolina Law Review* 620.

[7] A. HAMILTON, *Federalist No. 1*, in A. HAMILTON, J. MADISON, J. JAY, *The Federalist Papers*, M.A. Genovese (ed.), New York (NY), 2009, 36.

[8] D.S. LAW, *Generic Constitutional Law*, in 89 *Minnesota Law Review* 652-742, 659 (2005) e M. TUSHNET, *Comparative Constitutional Law*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006, 1249.

giuridici che abbracciano o che si predispongono ad accogliere il principio della superiorità di alcune norme (o principi) rispetto a ogni espressione di potestà legislativa o a ogni manifestazione di potere pubblico a esse contraria. In questo contesto, esplorare i connotati specifici di una tradizione costituzionale non ha lo scopo di contestare la pensabilità di una teoria costituzionale universale, ma la più modesta funzione di aiutare a navigare la realtà degli ordinamenti giuridici in almeno due sensi. In primo luogo, questo approccio chiarisce i termini del linguaggio costituzionale, agevolando dinamiche di comunicazione tra operatori del diritto e rendendo meno plausibili chiusure preconcette ai fenomeni di circolazione delle soluzioni giuridiche. In secondo luogo, l'analisi di una tradizione costituzionale suggerisce di non perdere di vista il fondamento dell'autorità che una costituzione esprime. Tale fondamento può essere un atto di volontà politica che fonda e indirizza la convivenza (nel caso della costituzione scritta) oppure la sedimentazione storica di un modo di essere del regime politico che giuridifica regole e valori condivisi (nell'ipotesi della costituzione consuetudinaria). In ogni caso, questo fondamento non può essere ignorato, a pena di confondere l'aspirazione cosmopolitica delle costituzioni – e cioè la rinuncia alla costruzione di comunità politiche omogenee e indifferenti verso l'esterno – con l'abdicazione a esprimere le forme giuridiche della convivenza di una comunità politica storicamente definita e dotata del potere di esercitare sovranità su sé stessa.

Proprio da questa prospettiva, non è un caso che la dottrina di *common law* impieghi con una certa frequenza il concetto di "riscoperta" con riferimento ai contenuti della costituzione[9]. Nel Regno Unito, la riscoperta ha a che fare con la possibilità di reperire diritti e principi costituzionali interrogando la *common law*. Negli Stati Uniti, il *myth of rediscovery* riecheggia nelle tesi dell'originalismo quando quest'ultimo propugna la necessità di recuperare i significati "veri" della costituzione. Questa ricerca delle origini ha il sapore del ritrovamento del patto originale che fonda la convivenza, specialmente di fronte ai casi difficili, ove la tenuta di quel patto è messa in discussione.

Ebbene, non si può tacere che proprio questo atteggiamento culturale abbia fornito giustificazioni, nel Regno Unito, alla polemica contro la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e, più in generale, contro i cataloghi internazionali dei diritti[10]. Parallelamente, negli Stati Uniti la tesi della riscoperta della costituzione originaria è servita per sostenere le tesi che escludono qualunque rilievo o significanza del diritto straniero (e internazionale non pattizio) nel processo decisionale dei giudici supremi[11]. Si tratta di atteggiamenti di rinuncia al confronto e pure di negazione della complessità della vita del diritto nell'epoca contemporanea. Nondimeno, essi poggiano su un qualche fondamento derivante dalle caratteristiche della tradizione giuridica e, per questo, sono stati capaci di resistere alle molto convincenti – a parere di chi scrive – tesi

[9] B. ACKERMAN, *We The People. Foundations*, Vol. 1, Cambridge (MA), 1991, 140.

[10] A. YOUNG, *HRA Howlers: The Conservative Party and Reform of the Human Rights Act 1998*, in *U.K. Constitutional Law Blog* (7 Ottobre 2014), disponibile all'indirizzo internet http:// ukconstitutionallaw.org.

[11] A. SCALIA, *Scalia Speaks: Reflections On Law, Faith, And Life Well Lived*, C.J. Scalia, E. Whelan (Eds), New York (NY), 2017, 103.

di chi ha invocato i benefici dell'apertura dialogica al confronto[12]. Riconoscere questo dato può essere utile per i costituzionalisti, non solo comparatisti, che intendano trovare canali di dialogo. Più in generale, può forse contribuire a distinguere gli argomenti che insistono sulla necessità di non perdere di vista la sede ove si origina l'*authority of the constitution* dalle posizioni pregiudiziali che affondano le loro radici nella pretesa di preservare un'identità immutabile.

[12] Il riferimento è alle tesi di *Justice* Breyer relative all'importanza informativa del diritto straniero e al rilievo, anche formativo, del diritto internazionale: v. S. BREYER, *The Court and the World*, New York, 2016.

GdP GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

IL FORUM

VERSO UN FUTURO (PIÙ) SOCIALE DELL'EUROPA?*

Introduzione al *Forum*

MARILISA D'AMICO

Il *Forum* che si presenta invita autori ed autrici a riflettere su un tema ampio, complesso e di estrema attualità: il futuro "sociale" dell'Europa.

È noto che, già in passato, giuristi di diversi settori si sono trovati ad affrontare questo tema. Così, ad esempio, è avvenuto, sul finire degli anni novanta, con l'approvazione del Trattato di Amsterdam, ribattezzato la "svolta sociale europea"; qualche anno più avanti, a seguito della crisi finanziaria del 2008, è stata messa in luce la fragilità del sistema sociale europeo; ancora, si è posta l'attenzione sul sistema di tutela dei diritti, quale presupposto necessario alla costruzione di un'unione non solo "economica", ma anche "sociale".

In particolare, tra i costituzionalisti si è aperto il dibattito a seguito dell'introduzione, a livello europeo, del *Fiscal compact* e delle conseguenti misure di contenimento della spesa pubblica intraprese a livello nazionale, culminate nel 2012 con la riforma dell'art. 81 della Costituzione.

Dalle analisi della dottrina [sia consentito il rinvio a M. D'AMICO, F. BIONDI, *I diritti sociali e la crisi economica*, Milano, 2017] e dalla giurisprudenza costituzionale emergeva chiaramente la necessità di individuare un corretto equilibrio tra: da un lato, i tagli alla spesa pubblica, intrapresi in ragione dei vincoli di bilancio; dall'altro lato, la garanzia, quantomeno nel loro nucleo minimo, dei diritti sociali, come il diritto all'istruzione [cfr. *ex multis* C. cost. sent. n. 80 del 2010] all'assistenza [Cfr. *ex multis* C. cost. sent. n. 275 del 2016] e alla previdenza sociale [cfr. *ex multis* C. cost sent. n. 70 del 2015].

* Contributi sottoposti a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista.

Rispetto agli studi anzidetti, l'elemento di novità della riflessione odierna attiene ovviamente alla diffusione del *virus Covid-19*, che ha messo a dura prova non solo il "futuro sociale" dell'Europa, ma lo stesso processo di integrazione europea.

Muovendo da tale premessa il *Forum* si articola in quattro domande volte ad approfondire alcuni aspetti che, seppur in modi diversi, incidono o rischiano di incidere sul processo di integrazione europea: il Recovery Fund, le elezioni politiche in Germania e in Francia, la Conferenza sul futuro dell'Europa, il dialogo tra le Corti.

La scelta dei quesiti, come la scelta degli autori e delle autrici è pregevole e risulta coerente con due obiettivi che il Direttivo dell'associazione si è posto sin dal suo insediamento: il coinvolgimento di studiosi di Università straniere; il coinvolgimento, per l'approfondimento di alcune tematiche, di studiosi di altre discipline.

Lasciando agli approfonditi scritti degli autori e delle autrici coinvolti le risposte ai singoli quesiti, in questa sede vorrei solo fare una piccola riflessione sulla problematica di fondo che emerge dal *Forum*: gli strumenti messi in campo a livello europeo per la gestione della crisi dovuta alla pandemia possono rappresentare davvero un'occasione per segnare il passaggio dall'Europa dell'*austerity* all'Europa sociale?

Non posso che rispondere facendo riferimento al tema della parità di genere, certamente più specifico ma allo stesso tempo emblematico per comprendere le potenzialità degli strumenti anzidetti.

Come già evidenziato in questa *Rivista* [sia consentito il rinvio a M. D'AMICO, *Emergenza, diritti, discriminazioni*, in questa *Rivista*, 2/2020] la pandemia ha avuto l'effetto di aggravare ulteriormente la discriminazione di genere, soprattutto in ambito economico, lavorativo e sociale. Lo dimostrano i dati sull'occupazione femminile del 2020 e del 2021, quelli sui carichi familiari, nonché, purtroppo, quelli sulla violenza di genere.

In questo scenario il *Next-Generation EU* e il corrispettivo nazionale Piano di ripresa e resilienza rappresentano l'occasione non solo per colmare il divario di genere, ma per innescare il cambiamento verso una società realmente inclusiva.

Per la prima volta la parità di genere viene considerata quale priorità trasversale dell'azione dei Governi e dei progetti territoriali. Ogni progetto realizzato mediante i fondi del *Recovery* dovrà tener conto dell'obiettivo trasversale della parità di genere; un obiettivo che non si limita ad essere sancito sulla carta, ma che deve essere raggiunto mediante la realizzazione di progetti concreti sul territorio.

Questa novità rappresenta un passo fondamentale per favorire non solo i diritti delle donne, ma la costruzione di un'Europa che sia effettivamente "più sociale" per tutti, uomini e donne.

INDICE

I Domanda (p. 229 ss.) - Il *Next Generation EU* pare segnare una nuova tappa nel percorso di integrazione europea: una risposta alla crisi pandemica forte e unitaria a sostegno della ripresa economica, che abbandona l'approccio graniticamente incentrato sull'*austerity* per abbracciare una dimensione di carattere più "sociale". Come valuta questo cambio di paradigma?

II Domanda (p. 249 ss.) - Le recenti elezioni in Germania (e quelle del prossimo anno in Francia) come potrebbero orientare una simile tendenza?

III Domanda (p. 262 ss.) - Che peso potrà avere in questo percorso la "Conferenza sul futuro dell'Europa"?

IV Domanda (p. 276 ss.) - Guardando invece al cosiddetto "dialogo tra Corti" in materia di diritti sociali, si è avuto prova di come la giurisprudenza della Corte di giustizia (pur con le dovute eccezioni, si pensi a titolo esemplificativo nel panorama nazionale al caso Mascolo) non abbia costituito un argine per le misure di *austerity* sottoposte al suo giudizio e spesso revocate in dubbio solo dal Comitato europeo dei diritti sociali. In un contesto europeo più attento alla dimensione sociale, ritiene che la Corte di Lussemburgo possa assumere un ruolo diverso? Potrà crescere, inoltre, (almeno in termini di persuasività) l'impatto delle decisioni del CEDS?

I partecipanti al Forum (p. 299)

I Domanda

Il *Next Generation EU* pare segnare una nuova tappa nel percorso di integrazione europea: una risposta alla crisi pandemica forte e unitaria a sostegno della ripresa economica, che abbandona l'approccio graniticamente incentrato sull'*austerity* per abbracciare una dimensione di carattere più "sociale". Come valuta questo cambio di paradigma?

ELVIRO ARANDA ÁLVAREZ

Aunque no faltaron discrepancia en los primeros momentos en cuanto cómo actuar ante la emergencia sanitaria, lo cierto es que la Unión Europea afrontó con rapidez y valentía los problemas que acarreaba la pandemia del Covid-19. Un comportamiento que de por sí ya es digno de resaltar.

El 19 de mayo de 2020 la Comisón propone la primera respuesta: la creacción del *Instrumento Europeo de Apoyo Temporal* para mitigar los riesgos de desempelo en situaciones de emergencia (SURE), aprobado por el Consejo con 100.000 millones de euros. También en esos días se tomaron otras importantes medidas: activar la *cláusula de salvaguardia* prevista en el PEC (versión de 2011); suspensión de las normas que prohibián las ayudas a empresas por parte de los Estados *-el Marco Tempora de Ayudas Estatales-;* se activa un fondo de solidaridad para asistencia sanitaria y social, o el BEI pone en marcha un programa especial de inversiones de 40.000 millones de euros.

El 27 de marzo de 2020 la Comisión presenta el Plan de Recuperación que se integraría en el Marco Financiero Plurianual 2021-2027 -1.8 billones de euros-. Dicho Plan se integraría por (750.000 mil millones) que contendría un componente NGUE con 560.000 mil millones para los Estados con 2/3 en subvenciones y 1/3 en préstamos. El Consejo Europeo de los días 17 a 21 de julio de 2020 modifica NGEU reduciendo las subvenciones de 500.000 mil millones a 390.000 millones y aumentando los préstamos de 250.000 millones a 360.000 mil millones. Para ello, la Comisión propone una financiación mediante deuda de la UE que se reembolsaría de 2028 a 2058 mediante el aumento de los márgenes de maniobra de los recursos propios (hasta ahora, los Reglamentos 2021/768 y 2021/770 de 30 de abril). Por su parte, El BCE pone en marcha el *Programa de Compra de Emergencia Pandémica* (PEPP) que permite al BCE comprar bonos públicos sin ceñirse a la asignación de clave de capital de los Estados.

Todo éstas inciativas tienen un gran valor, aunque también es cierto que no se debe olvidar que en todos los documentos en las que se recogen se habla de *medidas temporales y excepcionales* (v.gr. el SURE se aprueba con una cláusula de extición y NGUE se concive como una iniciativa excepcional y única). Luego, ¿hasta cuando la excepcionalidad? De momento, la Comisión en la *Comunicación Un año después de la pandemia*, del 3 de marzo de 21, señala que estas medidas deben mantenerse hasta finales de 2022 y entonces *la Comisión tiene la intención de relanzar un debate público sobre el marco de gobernanza económica europea*. Por otro lado, no se debe perder de

vista que cuando se activan medidas económicas de tal importancia y durante tanto tiempo y, además, asociadas a un plan de transformación del modelo económico de la Unión, es muy fácil que tiendan a consolidarse; mucho más cuando son medidas exitosas como el SURE. Parece bastante evidente, las reglas ficales del PEC serán materialmente imposible de cumplir para muchos Estados si se prentenden restituir en sus términos a partir de 2023. No en vano, recientemente la Comisión ha publicado la Comunicación *La economía de la UE después del Covid-19: implicaciones para la gobernanza económica* (19-10-21) donde señala que *reducir los elevados y divergentes ratios de deuda pública de forma sostenible y favorable al crecimiento será un reto clave para después de la crisis, cuando las condiciones económicas lo permintan.*

Por lo tanto, es precipitado decir que NGUE ha producido un cambio de paradigma en la gobernanza económica europea sí se puede sostener que dicha gobernanza debe ajustarse a las nuevas circunstancias y objetivos (salir de la crisis e impulsar una económía más tecnológica y medioambientalmente sostenible). Hasta ahora, la Unión carecía de capacidad fiscal para que con sus recursos propios pudiera apoyar su política de gasto. En este nuevo contexto, la Unión maneja su propio presupuesto mediante los fondos obtenidos en los mercados de capitales que pagará a largo plazo con la recaudación de nuevos impuestos transnacionales. Es decir, la Unión ha inaugurado capacidad fiscal independiente de los Estado. La cuestión va a estar en si esta nueva gobernanza económica se va a circunscribir a la zona euro o se va a extender a resto de Europa. Quizás aquí es donde juegue un importante papel la Conferencia sobre el Futuro de Europa.

PAOLO BIANCHI

Prima di poter tentare una risposta occorre verificare se le premesse da cui muove la domanda siano corrette e soprattutto incontestabili. Proviamo a chiederci: NGEU segna una tappa nel percorso di integrazione europea? Siamo di fronte a una risposta "forte e unitaria" alla pandemia? Davvero riteniamo che sia stato abbandonato l'approccio rigidamente legato all'equilibrio finanziario, per privilegiare la dimensione sociale?

Secondo me nessuna di queste domande può avere risposta pienamente affermativa. Da ciò discende che non siamo affatto di fronte a un cambiamento di paradigma.

Possiamo provare ad articolare un pur sintetica riflessione per punti, seguendo la vicenda dall'inizio.

Primo punto: quando la pandemia è arrivata sul continente, l'approccio delle istituzioni UE è stato molto cauto, con estrema attenzione a non dare nemmeno l'idea di voler espandere le proprie attribuzioni. Solo nel pieno della crisi sanitaria vi è un intervento propriamente riconducibile all'Unione e ai suoi valori fondanti, che purtroppo ben poco hanno a che vedere con i diritti fondamentali: l'intermediazione

nell'acquisto dei DPI prima, e dei vaccini poi. Nella sua funzione di facilitatrice di un mercato unico continentale, l'Unione dimostra di essere a proprio agio.

Sul versante del contrasto alla pandemia e della costruzione di un'Europa sociale, invece, il percorso è stato incerto sin dall'inizio. La prima risposta, si direbbe istintiva, è giunta dagli stati membri, con la chiusura delle frontiere verso i paesi a rischio. Del resto la deroga a Schengen è storicamente frequente quanto la sua integrale applicazione. Niente di nuovo.

Secondo punto: le risposte nell'emergenza. Ci si è a lungo illusi che fosse sufficiente la continuazione della linea Draghi sul QE. Qui si può osservare che l'intervento viene da un organo di cui si proclama la separatezza rispetto ai processi politici. In sostanza, la principale iniziativa politica sarebbe in realtà tecnica. Ma a sua volta il QE non è che la prosecuzione di scelte maturate in risposta alla infinita crisi economica in cui l'Unione si dibatte dal 2008. Ciò non è irrilevante, perché significa privilegiare una lettura della crisi (che è innanzitutto sanitaria) in termini economici prima, di finanza pubblica poi. Un angolo visuale limitato.

Anche la discussione che ha preceduto l'approvazione del piano – e qui siamo al terzo punto – ha seguito lo stesso copione: da un lato le richieste, inizialmente soprattutto italiane, di intervento essenzialmente finanziario a sostegno del debito pubblico che stava andando fuori controllo; dall'altro le reazioni dei paesi "austeri" e "frugali", improntate alla resistenza ad ogni costo, persino oltre il ragionevole.

Nello stesso quadro concettuale si colloca l'estenuante dibattito sull'uso del MES per l'emergenza sanitaria. Si è evitato accuratamente di affrontare il dramma come conseguenza (anche) di politiche che – da un decennio – privilegiano l'equilibrio dei conti rispetto alla qualità dei servizi; si è persa l'occasione per un dibattito sul futuro: una maggiore integrazione dei sistemi sanitari? Politiche comuni di prevenzione? Niente di tutto ciò. Si è preferito parlare esclusivamente di fondi vincolati e circoscritti all'emergenza, di condizioni e interessi da imporre ai debitori come se fossero, anziché *partners*, nemici sconfitti; soluzioni talmente necessarie e così ben formulate che soltanto Cipro ha chiesto di approfittarne.

Quarto punto: la soluzione. Lo stallo fu risolto dalla presa di posizione franco-tedesca, ma questa non è certo una novità nei processi decisionali Ue, che conoscono una netta distinzione tra i procedimenti che stanno nei trattati e quelli – effettivamente applicati – governati dalla *realpolitik*.

Nel merito, lo schema NGUE si inserisce in un'esperienza consolidata. Si tratta di un meccanismo di finanziamento per interventi realizzati dagli stati membri, cui si accede a richiesta, previa valutazione dell'ammissibilità, condotta dalla Commissione. È insomma lo schema degli aiuti assistiti da condizioni, impiegato da lungo tempo e mutuato dal piano Marshall. Gli interventi più penetranti hanno riguardato i paesi dell'est che, nella loro transizione dal socialismo reale all'ingresso nell'Unione, hanno ricevuto finanziamenti e agevolazioni commerciali in cambio di rilevanti modifiche dei loro ordinamenti.

Non vi è, in definitiva, innovazione nello strumento impiegato, negli obiettivi perseguiti, nei meccanismi di controllo. La quantità delle risorse messe in gioco è

significativa, ma dobbiamo ricordare che per ricavarla è stato necessario ridurre voci del bilancio UE importanti in prospettiva futura, come ad es. il sostegno alla ricerca. Sono stati oggetto di commenti entusiasti i finanziamenti a fondo perduto, ma anche in questo caso dobbiamo circoscrivere la portata innovativa: gli stati vi accedono previo impegno di risorse proprie, il cui impiego rientra negli stessi criteri di condizionalità, dunque ogni stato impegna parte del proprio bilancio per accedere a quanto l'Unione erogherà. Un capitolo tutto da scrivere è infine quello dei controlli *in itinere* ed *ex post*, che ad oggi paiono improntati alla massima sfiducia reciproca.

VINCENZO CASAMASSIMA

Per provare a rispondere a questa domanda, credo sia necessario fare qualche passo indietro rispetto al momento della comparsa sulla scena del Coronavirus quale «ospite inatteso» [così l'ha definito G. AZZARITI, *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Roma-Bari, 2021, 238]. Mi pare utile prendere le mosse dall'evidenziare la duplicità, che può tradursi in ambiguità, del concetto di "Europa sociale". Di ambiguità a proposito di tale concetto ha parlato Maurizio Ferrera [M. FERRERA, *Rotta di collisione. Euro contro welfare?*, Roma-Bari, 2016, 105], secondo il quale l'ambiguità deriverebbe essenzialmente dal fatto che all'espressione in esame può riconoscersi sia una «connotazione orizzontale» («il sociale nell'Europa», cioè obiettivi e politiche redistributive nazionali degli Stati membri), sia una «connotazione verticale» («l'Europa nel sociale», cioè obiettivi e politiche di rilevanza "sociale", riscontrabili al livello euro-unitario).

Concentrando l'attenzione sulla connotazione verticale del succitato concetto, e dunque sull'ordinamento e sulle politiche dell'Unione europea, a venire in rilievo, su un piano generale, è soprattutto l'art. 3, par. 3, TUE. All'interno di tale disposizione convivono, per quel che più interessa in questa sede, i riferimenti all'obiettivo di uno «sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale» con quelli alla lotta contro l'esclusione sociale, alla promozione della giustizia e della protezione sociali, alla coesione socio-economica e territoriale, nonché alla solidarietà, declinata in ordine ai profili intergenerazionale e inter-statale.

Si è detto, alla luce di ciò, che il succitato articolo «combina economia sociale di mercato e principi socialdemocratici fondati su solidarietà e giustizia sociale», contenendo «più principi che possono, a seconda dell'indirizzo politico che si intende determinare ed attuare, convergere od elidersi» [A. LUCARELLI, *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, in *Liber amicorum* per Pasquale Costanzo, reperibile in *Consulta online*, 2020, 8]. A risultare però centrale, ai fini della definizione della "costituzione economica" dell'Unione europea, risulta in ogni caso la locuzione «economia *sociale* di mercato» (corsivo mio), che, come è stato affermato, «non è l'economia di mercato corretta dalla garanzia costituzionale e legislativa dei diritti

sociali di *welfare*», bensì «un modello che si basa esclusivamente sulla tutela della concorrenza e che muove dal presupposto che questo funzionamento concorrenziale del mercato produca di per sé delle ricadute sociali positive» [O. CHESSA, *La governance economica europea dalla moneta unica all'emergenza pandemica*, in *Lavoro e diritto*, 3/2020, 395].

Tale tipo di impostazione, che incide fortemente sulla definizione della "forma dell'Unione", trova conferma, per un verso, nel riconoscimento all'Unione, da parte del TFUE, di competenze ridotte in materia di politica sociale, cosa che comprime gli spazi di intervento del diritto derivato e condiziona in senso restrittivo anche la portata applicativa delle "norme sociali" della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), la quale «non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati» (art. 51, comma 2, CDFUE); per un altro, nell'esiguità delle risorse costitutive del bilancio dell'Unione (pari a poco più dell'1% del reddito nazionale lordo del complesso degli Stati membri), a disposizione in vista della realizzazione di "politiche" (e della garanzia di diritti) sociali, risorse che peraltro derivano in massima parte da trasferimenti finanziari degli Stati membri, non godendo l'Unione di una significativa capacità fiscale autonoma.

In un contesto contraddistinto dall'estrema fragilità di quella che Ferrera definisce «Europa nel sociale», aggravata dalla forte pressione sul «sociale nell'Europa», cioè sui sistemi nazionali di garanzia dei diritti sociali, esercitata dai vincoli introdotti dal Trattato di Maastricht del 1992 e dal Patto di stabilità e crescita del 1997, erano caduti gli effetti della pesante crisi economico-finanziaria iniziata nel 2007-2008 e presto trasformatasi, con conseguenti rischi per la tenuta della zona euro, in crisi dei debiti sovrani specialmente di alcuni Stati in condizioni di maggiore difficoltà finanziaria, cosa che ne ha legittimato la definizione di crisi "asimmetrica".

La risposta elaborata a livello europeo per quella crisi aveva consolidato il paradigma della «comunità di stabilità», senza lasciare spazio a quello della «comunità di solidarietà» [cfr. A. ANTONUZZO, *Diritto europeo dell'emergenza e futuro dell'Unione economica e monetaria. Il* Pandemic Crisis Support *del MES alla prova della crisi pandemica*, in M. CECILI-A. CHIAPPETTA-G. VOSA (a cura di), *Oltre le crisi. L'Unione europea al bivio. Next Generation Ue e Mes gli strumenti per uscirne?*, Napoli, 2021, 188 ss.]. Ciò era avvenuto sia mediante il rafforzamento dei vincoli finanziari (si pensi, tra l'altro, ai contenuti del c.d. *Fiscal Compact* del 2012, accordo stipulato al di fuori del quadro del diritto dell'Unione), sia attraverso la previsione di forme di assistenza finanziaria (in primis, il MES, acronimo di Meccanismo Europeo di Stabilità) basate sull'erogazione di prestiti «soggetta a una rigorosa condizionalità» (art. 136, comma 3, TFUE, introdotto nel 2011), cioè al necessario (e monitorato) rispetto di indicazioni fortemente limitative dei margini di manovra nell'assunzione delle decisioni di politica economica di competenza degli Stati richiedenti assistenza (la c.d. *austerity*, in parte compensata, ma con scarso impatto diretto sull'economia reale, dagli effetti del *Quantitative Easing* della BCE).

A fronte di ciò, diverso, sotto molti aspetti, è stato l'approccio seguito rispetto alla "crisi pandemica" provocata dalla rapida diffusione della patologia Covid-19. Tale crisi, avendo colpito, in maniera pesantissima, a partire dalla primavera del 2020, tutti gli Stati dell'UE, con gravissime conseguenze socio-economiche (oltre che sanitarie), e configurandosi quindi come crisi "simmetrica" (sebbene non priva di effetti asimmetrici), ha sollecitato una reazione significativamente differente da quella generata dalla crisi precedente. Accanto, tra l'altro, all'attenuazione di vari vincoli normativi, a cominciare da quelli del Patto di stabilità, e all'introduzione di (parziali) deroghe "politiche" (senza cioè passare per una riforma delle basi giuridiche reperibili nel diritto primario e derivato dell'UE) all'operatività del MES sono stati concepiti e introdotti strumenti finalizzati ad ampliare la quantità di risorse utilizzabili dall'Unione per sostenere le economie degli Stati membri [cfr. M. IANNELLA, *La risposta europea alla crisi Covid-19 e le diverse interazioni con l'ordinamento italiano*, in *Osservatorio Costituzionale*, 4/2020, 73 ss. e C. BERGONZINI, *L'Europa e il Covid-19. Un primo bilancio*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2020, 761 ss.].

È in questo quadro che, in aggiunta rispetto alla previsione di meccanismi di assistenza finanziaria più ispirati dei precedenti a finalità solidaristiche (come il *Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency*, conosciuto come *SURE*), si inserisce il *Next Generation EU (NGEU)*, approvato in occasione della riunione del Consiglio europeo del 17-21 luglio 2020, seguita, a dicembre, dall'adozione del regolamento istitutivo 2020/2094. Introdotto per fronteggiare le conseguenze di una «situazione eccezionale causata dalla COVID-19, che sfugge al controllo degli Stati membri» (come si legge nel quinto Considerando del citato regolamento, che riprende quasi testualmente la formulazione di cui all'art. 122, comma 2, TFUE), è uno strumento che integra le risorse stanziate nell'ambito del Quadro finanziario pluriennale dell'UE con 750 miliardi di Euro reperiti mediante l'emissione sui mercati di titoli di debito comune garantiti dal bilancio dell'UE, da utilizzare per sostenere la ripresa economica degli Stati, perseguendo contestualmente una serie di obiettivi riconducibili ad alcuni «pilastri» («a) transizione verde; b) trasformazione digitale; c) crescita intelligente, sostenibile e inclusiva […]; d) coesione sociale e territoriale; e) salute e resilienza economica, sociale e istituzionale […]; e f) politiche per la prossima generazione, l'infanzia e i giovani […]», come statuito dall'art. 3 del Regolamento (UE) 2021/241 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, che costituisce la parte ampiamente più consistente del NGEU). Della cifra sopra indicata, 360 miliardi potranno essere erogati in forma di prestiti (a condizioni particolarmente vantaggiose), mentre i restanti 390 (salvo una piccola quota dedicata ad accantonamenti per garanzie di bilancio) potranno essere erogati sotto forma di sovvenzioni, la cui entità è parametrata su quella del fabbisogno effettivo dei singoli Paesi, chiamati ad elaborare e presentare appositi Piani Nazionali per la Ripresa e la Resilienza (PNRR), sottoposti alla valutazione della Commissione, che ne monitora, in coordinamento con il Consiglio, anche il percorso attuativo.

Quale valutazione si può dare di un'innovazione che è generalmente presentata, nel dibattito pubblico, come un'importante "svolta" nel senso dell'edificazione di

un'Unione europea (più) sociale? Si può parlare di un chiaro e netto cambiamento di paradigma? Il giudizio ritengo che possa e debba essere articolato.

Come il complesso degli strumenti messi in campo dall'Unione al fine di fronteggiare la crisi pandemica, anche, nello specifico, il NGEU, di cui va peraltro sottolineata la valenza temporanea ed "aggiuntiva" (e non modificativa quindi dell'ordinario assetto dei principi e delle regole della *governance* economica europea), evidenzia sia aspetti senza dubbio indicativi di un rafforzamento della dimensione sociale più genuinamente solidaristica dell'intervento dell'Unione, sia profili espressivi della (per l'Unione) più tradizionale impostazione basata sulla filosofia del *do ut des*, cioè della subordinazione del sostegno al rispetto di rigorose condizionalità [cfr. S. GIUBBONI, *Crisi pandemica e solidarietà europea*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2021, 218-219].

Sul primo versante, deve naturalmente richiamarsi il ricorso all'emissione di debito comune e, per una parte del ricavato, all'erogazione di sovvenzioni (non rimborsabili) agli Stati che ne facciano richiesta. Sul secondo versante, vengono invece in evidenza, soprattutto, la previsione di una componente di finanziamenti erogabile mediante prestiti e quella di condizionalità che comunque accompagnano l'erogazione dei fondi.

A questo secondo proposito, se è vero che «in luogo degli obiettivi di condizionalità macroeconomica che avevano occupato la crisi del 2008, si affacciano obiettivi sostanziali di matrice sociale» [A.O. COZZI, *1999-2020, Dalla Carta dei diritti fondamentali al* Next Generation Eu*: momenti dell'integrazione europea attraverso le iniziative della presidenza tedesca*, in *Rivista AIC*, 3/2021, 114], non si può ignorare che la coerenza dei piani, approvati dal Consiglio a maggioranza qualificata (su proposta della Commissione), con i succitati obiettivi non è sufficiente perché lo Stato possa portare avanti l'attuazione del Piano per la prevista durata di sei anni. La Commissione può infatti proporre al Consiglio (che decide) la sospensione di impegni e pagamenti se lo Stato non rispetta gli obblighi di «sana governance economica», a cui si riferisce articolatamente l'art. 10 del Regolamento (UE) 2021/241 e i vincoli derivanti dalle Raccomandazioni rivolte al Paese in esame nell'ambito del Semestre europeo, tra le quali quelle attinenti alla riduzione del debito pubblico, all'adozione di riforme del mercato del lavoro e del sistema pensionistico ecc. [cfr. sul punto F. SALMONI, *Piano Marshall,* Recovery Fund *e il* containment *americano verso la Cina. Condizionalità, debito e potere*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2021, in partic., 77 ss.].

Alla luce di quanto si è, molto sinteticamente, ricordato a proposito delle caratteristiche del NGEU, introdotto a trattati invariati, e del contesto in cui si inserisce, ritengo che si possa esprimere apprezzamento per il passo avanti compiuto rispetto ad un recente passato in cui il paradigma della stabilità finanziaria dominava la scena in maniera assolutamente incontrastata. Si deve altresì affermare che risulta però arduo parlare in proposito di vero e proprio cambio di paradigma, in ragione sia dei limiti che lo stesso NGEU evidenzia, sia della sua già ricordata natura di deroga temporanea rispetto all'ordinario assetto della *governance* economica europea.

È necessario evitare che, per così dire, le acque di un sistema rimasto immutato nei suoi cardini normativi si richiudano tra qualche anno sugli "eccezionali" cambiamenti che hanno contraddistinto la fase che stiamo attualmente vivendo. A tal fine, è indispensabile che si attivino e siano portati avanti, a livello sovranazionale come a livello dei singoli Stati membri, processi politici, inevitabilmente conflittuali. Nell'ambito di tali processi il discorso sull'Europa sociale dovrebbe auspicabilmente saldarsi con una chiara consapevolezza della necessità di uscire da quella che Jürgen Habermas ha definito la «spirale tecnocratica» in cui l'Unione europea si è andata avvitando nel corso del tempo [J. HABERMAS, *Nella spirale tecnocratica. Un'arringa per la solidarietà europea*, Roma-Bari, 2013] e di superare un assetto delle relazioni politico-istituzionali caratterizzato, in maniera largamente prevalente, dalla logica inter-governativa, a vantaggio di uno in cui sia più netta ed evidente l'incidenza sulle decisioni dei cittadini europei in quanto tali.

ANDREA GUAZZAROTTI

Mi sia consentito, innanzitutto, nutrire una certa dose di scetticismo sul fatto che il NGEU costituisca una risposta "forte e unitaria" e, prima ancora, che si tratti realmente di un «cambio di paradigma».

Se paragonato allo stimolo fiscale adottato dagli USA, quello dell'UE è senz'altro di portata modesta. Trattandosi di uno stimolo fiscale basato su prestiti e contributi a fondo perduto comunque da finanziare attraverso la compartecipazione al bilancio dell'UE (rispetto al quale l'Italia è contributore netto), la vera "forza" della risposta europea del NGEU dipende principalmente dalle regole e dai tempi di rientro dal debito, ossia da un evento ancora incerto, legato alla paventata riattivazione del sospeso Patto di Stabilità e alle modalità con cui questo verrà applicato ed, eventualmente, riformato. La previsione di avanzi primari consistenti e prolungati, per un Paese come l'Italia, sarebbe una iattura in grado di vanificare l'auspicata ripresa [cfr. A. STIRATI, *Scenari post-pandemia*, in E. MOSTACCI, A. SOMMA, *Dopo le crisi. Dialoghi sul futuro dell'Europa*, Roma, 2021, 241 ss.].

Il NGEU costituisce, indubbiamente, una risposta formalmente unitaria, in quanto adottato secondo le maggioranze rafforzate richieste dai Trattati (con la previsione dell'unanimità per la decisione sulle risorse proprie: art. 311, co. 3, TFUE), ma la cui interpretazione "politica" è fortemente divaricata tra Paesi c.d. "debitori" e "creditori". Già in sede di trattativa abbiamo assistito al braccio di ferro tra Paesi c.d. "frugali" e i Paesi del "Club Med", con al centro la Germania della Merkel, a far da mediatrice. Per le élite politiche europeiste di alcuni Paesi Fondatori e per alcuni esponenti di spicco del Parlamento europeo, il NGEU rappresenterebbe un nuovo inizio (il famigerato "*Hamiltonian moment*" evocato da Olaf Scholz nel maggio 2020). Ma per i Governi e le opinioni pubbliche dei Paesi "creditori", si tratterebbe di una misura eccezionale e rigorosamente "*una tantum*".

Il giurista dovrebbe guardare sempre per prima cosa alle norme, piuttosto che alle intenzioni. E stando al dato normativo, l'ipotesi che sembra più avvalorata è quella della modifica episodica ed emergenziale dell'assetto della governance economica europea.

Se è vero che il NGEU, convogliando i fondi raccolti sul mercato entro il bilancio dell'UE, si atteggia diversamente dai vari "fondi salva-Stati" partoriti durante la crisi economica all'esterno dell'ordinamento UE e stabilizzati nel famigerato MES, è anche vero quanto segue. La base legale del NGEU è costituita dalla norma sull'emergenza di cui all'art. 122 TFUE, in cui l'intervento solidaristico degli Stati membri è formalmente diretto a fronteggiare eventi eccezionali che colpiscono un singolo Stato membro. Il *Recovery and Resilience Facility (RRF)* – che veicola la maggior parte dei fondi del NGEU – va ad aggiungersi agli altri fondi strutturali e di coesione (governati dagli artt. 174 e 175 TFUE), ma diversamente da questi, il suo funzionamento non è assistito da mere "condizioni" (spendere i fondi per gli obiettivi dichiarati entro il termine previsto), bensì da autentiche "condizionalità", ossia dall'ossequio del singolo governo nazionale alle raccomandazioni specifiche fornite dalla Commissione, secondo il modello degli interventi straordinari del FMI ai Paesi sotto programma di assistenza finanziaria. Una forma di commissariamento "dolce" [M. DANI, A. MENÉNDEZ, *Recovery Fund: dietro i sussidi il commissariamento?*, in *Lacostituzione.info*, 25 luglio 2020] la cui prospettiva non sembra accettabile se non in chiave di "straordinarietà". Solo una logica emergenziale, inoltre, sembra poter conciliare l'ingente indebitamento programmato dell'UE e l'art. 310.1 TFUE, che impone il pareggio di bilancio. Nonostante l'entità dei trasferimenti a fondo perduto agli Stati membri (poco meno della metà dei 750 miliardi del RRF), la rilevante quota di prestiti che la Commissione deve reperire sui mercati per farvi fronte non costituisce un'entrata "ordinaria" del bilancio dell'UE, bensì un'entrata «con destinazione specifica esterna» al bilancio dell'UE (considerando 9 e art. 3.1 del Regolamento 2020/2094), in deroga al principio dell'universalità del bilancio e con marginalizzazione dei poteri del Parlamento europeo (al cui controllo tali entrate esterne si sottraggono). Si tratta di un dato problematico nel quadro del diritto di bilancio europeo, se si pensa che in passato tale tipologia di entrate rappresentava una quota marginale (tra il 5 e l'11,5 %), mentre oggi essa rappresenta circa un quarto dell'intero ammontare delle entrate [P. DERMINE, *The EU's Response to the COVID-19 Crisis and the Trajectory of Fiscal Integration in Europe: Between Continuity and Rupture*, in *Legal Issues of Economic Integration* 47, 4/2020, 347 s.]. Un dato che può conciliarsi solo con la logica dell'eccezionalità, appunto.

CRISTINA LUZZI

Con l'accordo raggiunto in seno al Consiglio europeo il 21 luglio 2020, nell'Unione europea sembra essersi avviata una nuova stagione di politica economica. Definita da più parti, entusiasticamente, "momento hamiltoniano", la decisione dell'Unione, nell'ambito del *Next generation EU*, di sostenere gli Stati membri con

«*azioni specifiche…al di fuori dei Fondi*», ex art. 175 TFUE, mediante ingenti fondi corrisposti sotto forma di sovvenzioni e prestiti, approvvigionati grazie all'indebitamento della stessa Commissione europea e all'emissione nei mercati finanziari di titoli (i cosiddetti *Eurobond*), costituisce in effetti, ad oggi, un *unicum*.

Essa restituisce l'inedita immagine di un'Unione europea pressoché compatta nella considerazione dell'incompatibilità, con l'attuale crisi sanitaria ed economica, di politiche di controllo e rigoroso contenimento della spesa pubblica -come d'altronde testimonia anche la temporanea sospensione del Patto di stabilità- nonché di piani di assistenza finanziaria condizionati alla *rapida* messa in essere di riforme strutturali da parte degli Stati membri.

A taluno ciò sembra sufficiente per parlare, dunque, di «*inversione a U*» delle politiche economiche eurounitarie [in tal senso, G. DE MINICO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza. Una terra promessa*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2021, 153 ss.] o di Europa «*preziosamente riformata*» [così L. PENNACCHI, *Nella pandemia e dopo: il contenuto etico-politico della rottura necessaria per le politiche economiche e sociali*, in AA.VV., *Nulla sarà più come prima?, La fionda,* 1/2021, Ebook, Roma, 69 ss.]; d'altra parte, nel panorama dei giuristi, non mancano coloro che riservano alla misura del *Recovery Fund* riflessioni di segno contrario, più caute e meno ottimistiche.

Come opportunamente osservato, infatti, le risorse del *Recovery Fund* destinate agli Stati membri dall'Unione non sono, *nei fatti*, escluse dalla restituzione anche laddove corrisposte sotto forma di sussidi piuttosto che di prestiti, considerando che in occasione della modifica della Decisione relativa alle risorse proprie del 14 dicembre 2020 si sono determinati sia l'innalzamento dei massimali che gli Stati membri sono tenuti a destinare al bilancio unionale, sia l'introduzione di nuove risorse proprie. [cfr. sul punto F. SALMONI, *Piano Marshall, Recovery Fund e il containment americano verso la Cina. Condizionalità, debito e potere*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2021, 51 ss.].

A ciò deve aggiungersi che, come ormai noto, l'accesso ai fondi da parte degli Stati membri è stato subordinato alla preliminare presentazione e approvazione da parte della Commissione e del Consiglio di *recovery and resilience plans* contenenti le destinazioni degli investimenti e l'indicazione delle riforme strutturali programmate -concernenti principalmente i settori dell'ambiente, della giustizia, della pubblica amministrazione e del lavoro- sulla cui effettiva graduale attuazione, condizione necessaria per l'erogazione periodica del finanziamento, è invece chiamata a vigilare direttamente la Commissione.

Al netto delle osservazioni di chi non a torto teme che l'impiego di risorse pubbliche per il rilancio dei servizi di *welfare* in particolare, possa essere accompagnato dalla contestuale e discutibile privatizzazione dei profitti [cfr. sul punto A. SOMMA, *Un supermercato non è un'isola*, *Contro l'apologia del sovranazionalismo*, in AA.VV., *Nulla sarà più come prima?*, cit., 170 ss.]; più in generale, appaiono intuibili le inevitabili ricadute del meccanismo sinora descritto sulla definizione dell'indirizzo politico nazionale e sulla fisiologica mutabilità (ferme le indicazioni del dettato costituzionale) di quest'ultimo [cfr. sul punto le osservazioni di M. DANI, A.J. MENÉNDEZ, *Recovery Fund: dietro i sussidi il commissariamento?* in

www.lacostituzione.info, 25 luglio 2020]. I dubbi, inoltre, che l'attuale politica espansiva europea rappresenti un effettivo cambio di paradigma crescono laddove si consideri che la futura riattivazione del patto di crescita e stabilità potrebbe rivelarsi problematica - al punto da richiedere nuovamente misure di contenimento della spesa pubblica e abbattimento del costo del lavoro- soprattutto per i Paesi, tra i quali si colloca anche lo Stato italiano, con un debito pubblico elevato.

Ora, se, per un verso, un ripensamento delle regole fiscali europee, promosso non a caso da più e diversi livelli, potrebbe evitare tale eventualità evidenziando su un piano generale la pregevole capacità del *Recovery Fund* di stimolare una riflessione più ampia sulle politiche fiscali e di bilancio dell'Unione [cfr. G. GIOIA, *Il Patto di stabilità e crescita tra sospensione e proposte di riforma. Un'occasione per ripensare le fiscal rules?*, in *Diritti comparati*, 10 maggio 2021]; per altro verso, in assenza di tali misure, permane il rischio che l'attuazione dei *recovery and resilience plans* si traduca -con le criticità sinora menzionate- nella promozione "eterodiretta" di politiche industriali e di investimento indirizzate innanzitutto al mantenimento del mercato e per le quali, fermo l'obiettivo della stabilità dei prezzi, la massima occupazione rappresenta (limitatamente ai settori ritenuti meritevoli di investimenti) soltanto un'auspicabile eventualità.

SIMONE MARINAI

Per poter valutare l'impatto prodotto dal *Next Generation EU* sulla dimensione sociale dell'Unione europea ritengo opportuno, preliminarmente, richiamare il contesto in cui la misura in questione viene ad inserirsi.

Ricordo, innanzitutto, che la crisi pandemica ha spinto la Commissione a proporre, per la prima volta, l'attivazione della clausola di salvaguardia generale rispetto al Patto di stabilità e crescita (v. COM (2020) 123 final del 20 marzo 2020, alla quale ha poi dato seguito il Consiglio ECOFIN riunitosi in data 23 marzo 2020). In questo modo, al fine di far fronte al grave *shock* economico causato dalla pandemia di COVID-19, è stata garantita la flessibilità necessaria per adottare misure di stimolo all'economia dei Paesi membri consentendo il discostamento dai requisiti di bilancio normalmente applicabili nell'ambito del Patto di stabilità e crescita. Una simile misura, pur nella sua eccezionalità, rappresentava il segnale che i costi della crisi avrebbero dovuto ricadere in primo luogo sulle spalle di ciascun governo [in tal senso, L. LIONELLO, *Next Generation EU: has the Hamiltonian moment come for Europe?*, in *Eurojus*, 4/2020, 22 e spec. 26]. Non si trattava, quindi, di uno strumento volto a consentire una vera e propria risposta dell'Unione a sostegno della crisi.

Ciò nonostante, le istituzioni dell'UE hanno al contempo adottato rilevanti misure che hanno fornito un diretto supporto a favore degli Stati membri.

In tal senso devono essere lette, innanzitutto, le misure di politica monetaria prese dalla BCE. Questa, infatti, attraverso il programma di acquisto per l'emergenza pandemica (PEPP), ha fornito la liquidità necessaria mediante operazioni mirate di rifinanziamento a più lungo termine.

Va poi menzionato il *SURE* (regolamento n. 2020/672) che costituisce un fondo che consente l'erogazione di prestiti a basso costo agli Stati membri per offrire sostegno ai lavoratori e quindi fronteggiare gli effetti sociali ed economici dell'epidemia. Si tratta di prestiti condizionati che gravano sul bilancio dell'Unione e che vengono sostenuti attraverso l'emissione di *bond* da parte della Commissione europea. Le risorse vengono erogate in funzione di misure di sostegno all'occupazione concordate con la stessa Commissione. Da un primo resoconto compiuto ad ottobre 2021, risultano essere stati approvati oltre 94 miliardi di euro di prestiti *SURE* che hanno contribuito a prevenire la disoccupazione di circa un milione e mezzo di persone nel 2020 [v. COM (2021) 662 final del 19 ottobre 2021, p. 9]. Il rilievo del *SURE*, oltre che per l'entità dei finanziamenti erogati, è da collegare anche alla base giuridica nell'occasione utilizzata, l'art. 112 TFUE, che consente al Consiglio, su proposta della Commissione, di decidere, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, le misure adeguate alla situazione economica e di concedere assistenza finanziaria dell'Unione a Stati membri che si trovino in difficoltà o siano seriamente minacciati da gravi difficoltà a causa di circostanze eccezionali. Il *SURE* ha quindi permesso un'assistenza finanziaria sulla base di considerazioni di solidarietà e sottratta al ricorso alla condizionalità [sul punto si veda, ad es., F. COSTAMAGNA, *La proposta della Commissione di uno strumento contro la disoccupazione generata dalla pandemia COVID-19 ('SURE'): un passo nella giusta direzione, ma che da solo non basta*, in *SIDIBlog*, 5 aprile 2020; A. PITRONE, *Covid-19. Uno strumento di diritto dell'Unione europea per l'occupazione (SURE)*, in *I* Post *di AISDUE*, II, 23 maggio 2020].

Nel contesto delle misure che ho appena citato, non vi è dubbio, però, che un vero e proprio salto di qualità negli interventi a sostegno della ripresa economica sia stato compiuto mediante il *Next Generation EU*, che è stato adottato congiuntamente al Quadro Finanziario Pluriennale 2021-2027. Le due misure in questione, complessivamente, comportano la mobilitazione di circa 2.000 miliardi di euro. Nell'ambito del *Next Generation EU*, lo strumento finanziario chiave è costituito dal Dispositivo per la ripresa e la resilienza (RRF), istituito con il regolamento n. 2021/241 del 12 febbraio 2021. È importante sottolineare che per l'adozione di tale regolamento è stata utilizzata, quale base giuridica, quella prevista, dall'art. 175, co. 3, TFUE, per la materia della coesione economica e sociale. Si tratta di una base giuridica che è normalmente espressione di solidarietà e che, per la prima volta, nell'occasione, è stata impiegata per finanziare Stati centrali e non enti locali. Con il Dispositivo per la ripresa sono stati stanziati 313 miliardi di euro a fondo perduto e fino a 360 miliardi di euro in prestiti per sostenere investimenti e riforme strutturali fino al 2026. Il Dispositivo è orientato verso le economie maggiormente colpite e contribuisce ad attenuare il rischio che le condizioni economiche e sociali divergano all'interno della zona euro e dell'UE. È importante, anche da un punto di vista simbolico, che il Dispositivo per la ripresa non sia finanziato tramite trasferimenti dai bilanci nazionali, ma attraverso l'emissione sui mercati finanziari di nuovo debito comune che dovrà essere ripagato mediante un aumento delle risorse proprie dell'Unione e, in prospettiva, attraverso l'introduzione di nuove tasse a carattere europeo (in tal senso, si veda, ad esempio, la nuova risorsa

propria rappresentata da una aliquota uniforme di prelievo sul peso dei rifiuti di imballaggio di plastica non riciclati, così come prevista dall'art. 2, par. 1, lett. c della decisione n. 2020/2053 del 14 dicembre 2020 relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea). Non senza difficoltà, legate soprattutto alle resistenze opposte dai c.d. Paesi "frugali" (in particolare, Austria, Danimarca, Paesi Bassi e Svezia), l'eccezionalità del periodo pandemico ha consentito di far passare la linea della necessità di un intervento comune da parte dell'Unione europea, che fosse in grado di comportare un cambio di paradigma per far fronte alla crisi economica [in tal senso, si veda, ad es., F. FABBRINI, *La nuova* Governance *economica europea post-pandemia*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2020, 771 ss. e spec. 785].

Gli Stati membri, per usufruire delle risorse in questione, devono presentare alla Commissione piani per la ripresa e la resilienza con i quali vengono definiti i rispettivi programmi di riforme e di investimenti. In questa sede, mi interessa soprattutto sottolineare che, ai sensi dell'art. 18, par. 4, del regolamento sul predetto Dispositivo, il piano presentato da ciascuno Stato membro deve specificare, tra l'altro, il modo in cui si intende potenziare la crescita, creare posti di lavoro e la resilienza economica, sociale ed istituzionale, anche attraverso la promozione di politiche per l'infanzia e la gioventù, attenuare l'impatto sociale ed economico della crisi COVID-19, contribuire all'attuazione del pilastro europeo dei diritti sociali e migliorare la coesione economica, sociale e territoriale e la convergenza all'interno dell'UE.

Le misure che gli Stati membri devono adottare nel momento in cui si trovano a decidere come impiegare le risorse messe a disposizione dal *Next Generation EU* dovranno quindi avere una forte connotazione "sociale", circostanza, questa, che valuto senz'altro positivamente in considerazione degli squilibri che la crisi pandemica ha contribuito ad acuire.

Al contempo, però, potrebbe essere fuorviante ritenere che l'attenzione delle istituzioni dell'Unione per gli aspetti sociali sia da ricollegare esclusivamente al *Next Generation EU*. Ricordo, infatti, che l'esigenza di definire una strategia in grado di rispondere in modo più efficace alle pressanti istanze di carattere sociale era stata avvertita dalle istituzioni dell'UE già prima dello scoppio della pandemia. In particolare, risale al novembre del 2017 l'adozione, da parte del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, del c.d. Pilastro europeo dei diritti sociali [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/social-summit-european-pillar-social-rights-booklet_it.pdf], una dichiarazione composta da 20 principi e diritti, che si propone come documento programmatico in funzione della realizzazione di risultati sociali e occupazionali efficaci in risposta alle sfide attuali e future. Il Pilastro, pur senza poter modificare il quadro delle competenze attribuite alle istituzioni dell'UE, riprende alcuni dei diritti già presenti nell'*acquis* dell'Unione e aggiunge nuovi principi per affrontare sfide derivanti dai cambiamenti sociali, tecnologici ed economici. Vari sono gli atti normativi già adottati, o quanto meno proposti, per dare seguito al Pilastro [si veda, ad es., la direttiva n. 2019/1158 relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza che mira, tra l'altro, ad aumentare la partecipazione delle donne al mercato del lavoro; oppure, la proposta di direttiva

relativa ai salari minimi adeguati nell'Unione europea, COM (2020) 682 final del 28 ottobre 2020]. Ad ogni modo, per proseguire la strada intrapresa, la Commissione ha di recente adottato un Piano d'azione sul pilastro dei diritti sociali [COM (2021) 102 final del 4 marzo 2021] nell'ambito del quale, tra l'altro, sono stati fissati tre principali obiettivi da raggiungere entro il 2030: un tasso di occupazione di almeno il 78%; la partecipazione di almeno il 60% degli adulti a corsi di formazione ogni anno; la riduzione di almeno 15 milioni, di cui 5 milioni di bambini, del numero dei soggetti a rischio di esclusione sociale o povertà. L'impegno anche degli Stati membri dell'UE a favore dei diritti sociali, quale elemento fondamentale della ripresa, è stato poi ribadito in occasione della Dichiarazione di Porto dell'8 maggio 2021, nel corso della quale sono stati richiamati e condivisi gli obiettivi fissati nel Piano d'azione sul Pilastro europeo dei diritti sociali.

Dal punto di vista finanziario, poi, un altro strumento adottato dall'Unione al fine di sostenere la realizzazione di obiettivi di carattere sociale, che deve quanto meno essere citato, è il Fondo Sociale Europeo Plus (FSE+) che, secondo quanto previsto dal regolamento n. 2021/1057, mette a disposizione circa 88 miliardi di euro per il periodo 2021-2027. Tra gli obiettivi generali del FSE+ (v. art. 3 del predetto regolamento) vi sono quelli di sostenere gli Stati membri nel conseguire livelli elevati di occupazione e una protezione sociale equa, sviluppare una forza lavoro qualificata e resiliente, pronta per la transizione verso un'economia verde e digitale, nonché società inclusive e coese, finalizzate all'eliminazione della povertà e alla realizzazione dei principi enunciati nel Pilastro europeo dei diritti sociali. Il FSE+ mira inoltre a garantire pari opportunità e pari accesso al mercato del lavoro, condizioni di lavoro eque e di qualità, a favorire la protezione sociale e l'inclusione, concentrandosi in particolare su un'istruzione e una formazione inclusive e di qualità, sull'apprendimento permanente, sugli investimenti a favore dell'infanzia e dei giovani e sull'accesso ai servizi di base.

Quanto appena osservato non mette certo in dubbio che il *Next Generation EU* rappresenti uno strumento che, per le imponenti risorse messe in campo, è potenzialmente in grado di consentire agli Stati membri di uscire dall'eccezionale crisi economica causata dalla pandemia. Il cambio di paradigma più significativo che esso comporta è peraltro da collegare più all'innovativo meccanismo di finanziamento che gli Stati membri hanno scelto nell'occasione, che non all'attenzione per gli obiettivi sociali che lo stesso contiene. Con ciò, non voglio certo dire che tali obiettivi non siano un elemento distintivo dello strumento in questione. Anzi! Va però ribadito che l'attenzione per il pilastro sociale nell'azione delle istituzioni dell'Unione non è una novità da ricollegare esclusivamente al *Next Generation EU*, visto che quest'ultimo si inserisce in un quadro più ampio di misure già orientato verso il rafforzamento dei diritti sociali.

EDMONDO MOSTACCI

Credo che sia opportuno usare molta prudenza nell'operare questo genere di valutazioni e nel parlare di un vero e proprio cambio di paradigma.

In primo luogo, bisogna mettere in luce un elemento di contesto: alla vigilia della pandemia, l'Europa era già fiaccata dai postumi della crisi del triennio 2008-2011, la cui lunga coda non si era ancora assorbita, come dimostrato dalle note tensioni attorno al ruolo della BCE, al suo QE e alla sua costola più controversa: il PSPP [Public sector purchase programme]. Nel 2020 una riedizione delle politiche di austerità era quindi del tutto improponibile. Ciò non significa negare che Next Generation EU abbia costituito, in sé e per sé, una novità significativa, quanto piuttosto richiamare alla necessità di una sua contestualizzazione, al fine di trarre indicazioni significative su quelli che possono essere gli sviluppi futuri.

Un secondo elemento da tenere in mente consiste nell'importo complessivo del piano di misure adottate dalla Commissione, il quale per un verso appare limitato se confrontato con la caduta del Prodotto interno lordo nel 2020, specie rispetto allo stimolo fiscale messo in opera al di là dell'atlantico. Per altro verso, si rammenti che metà del *Recovery* è costituita da prestiti, destinati ad ingrossare quel debito pubblico a cui si tornerà ad applicare il Patto di stabilità e crescita – con le sue *fiscal rules* e tutto il contorno di procedure e compatibilità sancite dal *six* e dal *two pack* – una volta che la sua sospensione verrà revocata. Né possiamo illuderci che tali prestiti vengano poi considerati diversamente dal debito ordinario, visto che solo Italia Grecia e Romania hanno deciso di utilizzarli completamente (mentre per ora Cipro, Polonia, Portogallo e Slovenia hanno scelto di usare una frazione minoritaria dei prestiti, in ogni caso inferiore al 37% dell'importo disponibile).

Ancora, esistono elementi di continuità con il recente passato che non vanno sottovalutati, a partire dalla previa necessità di presentazione dei Piani nazionali di ripresa e resilienza, dei poteri di supervisione sul corretto impiego dei fondi da parte delle Istituzioni europee e dalle grandi cautele con cui il regolamento istitutivo [reg. 2021/241] tratta debito e indebitamento, come messo in luce dal lungo e dettagliato art. 10 dell'atto appena indicato.

Questi elementi di dettaglio, si saldano con due questioni di carattere più generale. La prima ha carattere eminentemente prospettico: Next generation EU è un programma strettamente legato al contesto emergenziale in cui è stato adottato; non solo il suo sviluppo futuro, ma anche la sua declinazione in concerto dipendono da atti e iniziative che sono ancora di là da venire, a partire dalla riforma del Patto di stabilità e crescita.

La seconda questione riguarda la struttura fondamentale dell'Unione, la quale è il frutto di un'evoluzione precisa, legata a doppio filo con le esigenze degli anni in cui essa è stata realizzata e con le opzioni filosofico politiche largamente maggioritarie a quell'epoca [in merito, sia consentito il rinvio a E. MOSTACCI, *Integrazione attraverso il mercato e declino dello Stato democratico: appunti per un'indagine genealogica*, in *Dpce Online*, 2020, 371 ss.]. Queste derivazioni genealogiche hanno modellato il processo di integrazione e i risultati a cui esso è potuto pervenire, seguendo un duplice movimento: da un alto, un deciso riequilibrio del rapporto tra Stato e mercato, a tutto vantaggio del secondo termine; al contempo, un progressivo "ingabbiamento" del politico – a tutto vantaggio della legittimazione tecnica – con la sostituzione delle regole alle politiche. Questi due movimenti, come è facile intuire, sono poi strettamente

collegati, dal momento che sono entrambi funzionali al prevalere delle ragioni del sottosistema economico su quelle altre esigenze del sistema sociale che trovano espressione attraverso la rappresentanza politica.

Questa struttura condanna le Istituzioni europee a una sorta di *path dependence*: essa può essere solo parzialmente piegata a servire logiche diverse da quelle in base alle quali è stata costruita, con un *deficit* di efficacia di quanto posto effettivamente in essere quando si seguano queste nuove o diverse logiche. Con una semplificazione evidente ma non eccessivamente forzata, il concetto può anche esprimersi chiedendosi se e in che misura una costruzione *hayekiana* può essere usata per perseguire obiettivi e politiche di stampo (*lato sensu*) *keynesiano*.

Queste brevi riflessioni inducono a grande prudenza e, soprattutto, a temere che il cambio di paradigma sia, in realtà, assai meno pronunciato di quanto gli entusiasmi, provocati da uno sviluppo certamente positivo ma frutto di un evento eccezionale come *Next generation EU*, possano oggi lasciar intendere.

Questa sensazione più generale è destinata addirittura ad acuirsi laddove si guarda alla dimensione sociale dell'Europa unita. Se le urgenze della pandemia e – per altro verso – le necessità imposte dalla sfida del *climate change* hanno portato a un timido *revival* dell'*activist government*, la scelta in merito all'allocazione delle risorse e alle strategie per la promozione di uno sviluppo sociale, oltre che economico, non si discostano infatti in misura significativa dai *topoi* a cui siamo fedeli da diversi decenni.

CLAUDIO PANZERA

Mi sembra prematuro parlare di un cambio di "paradigma". Direi, piuttosto, che la pandemia ha costretto Stati membri e istituzioni europee ad un "cambio di passo". Che le misure di austerità adottate nella precedente crisi economico-finanziaria non potessero apparire idonee di fronte all'inedito scenario aperto dalla pandemia, con i suoi drammatici costi umani prima ancora che economici e sociali, era evidente anche a prescindere dalle perplessità e critiche sollevate circa l'efficacia di quelle misure nel contesto di allora. Le iniziative ora intraprese dalle istituzioni europee per reagire alle conseguenze economiche e sociali della crisi sanitaria – dal programma di acquisto di titoli della BCE (*PEPP*) all'attivazione della clausola di salvaguardia generale del Patto di stabilità e crescita per consentire la necessaria flessibilità nelle manovre di bilancio nazionali, dai prestiti per il sostegno dell'occupazione (SURE) alla linea dedicata del MES per la spesa sanitaria, fino al *Next Generation EU* – sono pensate come misure eccezionali ad applicazione temporanea. Pertanto, non paiono avere la forza sufficiente per indurre, da sole, un effettivo mutamento del paradigma (neo/ordoliberale) fin qui dominante, anche al netto di un'eventuale – e ancora incerta – "stabilizzazione" di qualcuno dei citati provvedimenti (come si propone per il piano SURE o per i titoli di debito europei). Allo stato parlerei, piuttosto, di "iniezioni" di solidarietà nel sistema, eventualmente da sviluppare ma insufficienti a prefigurare un cambio di paradigma in senso (più) "sociale" per il futuro dell'integrazione europea, salvo che non si sia

disposti a rivederne alcune linee di fondo, e non soltanto per quanto concerne la *governance* economico-finanziaria (penso, fra l'altro, all'approccio fin qui seguito in tema di migrazioni e asilo).

Se si guarda agli ambiti di intervento individuati (i sei pilastri dell'art. 3 reg. UE 2021/241) e agli obiettivi generali da conseguire attraverso il *Recovery Fund* (art. 4 reg. cit.), si può nondimeno nutrire una cauta fiducia sulla maturazione della consapevolezza che ripresa economica e sviluppo tecnologico-digitale non possano essere disgiunti dalle esigenze di *giustizia sociale* (occupazione, inclusione sociale, coesione, salute, parità di genere). Quest'ultima, poi, è inseparabile dalle sfide della *giustizia ambientale* (transizione verde, neutralità climatica entro il 2050) e della *giustizia intergenerazionale* (politiche dell'infanzia e giovanili, istruzione), che a sua volta pone – ma in termini sensibilmente diversi da quelli legati alla stabilità monetaria – la questione della sostenibilità del debito pubblico.

Un altro significativo passaggio è la sperimentazione attraverso il *Recovery* di una (pur limitata) mutualizzazione del debito tra i *partners* europei, così a lungo avversata – ancora nel pieno della fase più tragica della pandemia, in assenza di vaccini disponibili su larga scala – dai Paesi c.d. "frugali" (Austria, Danimarca, Olanda, Svezia e Finlandia), ma alla fine conseguita grazie alla mediazione del loro capofila, la Germania, che ha mutato avviso sulla proposta, sponsorizzata da Francia e Italia e caldeggiata dai Paesi in maggiore difficoltà, di finanziare la ripresa mediante la ricordata emissione di titoli di debito europei. Mi pare eccessivo, tuttavia, discorrere per ciò solo di un «momento hamiltoniano» dell'Unione europea.

L'assistenza finanziaria prestata tramite il *Recovery* è comunque sottoposta a plurime condizioni/condizionalità. I piani nazionali di ripresa e resilienza avanzati, oltre a perseguire gli obiettivi generali cui il Fondo è diretto secondo la classica logica dei *grants in aid*, devono infatti essere coerenti, tra l'altro, «con le pertinenti sfide e priorità specifiche per Paese individuate nell'ambito del semestre europeo, nonché con le sfide e le priorità individuate nell'ultima raccomandazione del Consiglio sulla politica economica della zona euro per gli Stati membri la cui moneta è l'euro» (art. 17 reg. cit.). L'erogazione in rate del finanziamento accordato, poi, non soltanto è subordinata alla verifica della soddisfacente attuazione del piano nazionale concordato [arg. *ex* art. 20, par. 5, lett. *a*), reg. cit.], ma può essere anche sospesa ove il Consiglio accerti la mancata o insufficiente correzione di disavanzi eccessivi dei Paesi percettori dei finanziamenti (art. 10 reg. cit.). Da ultimo, non va dimenticato che il debito contratto dall'Unione per reperite sui mercati finanziari la liquidità necessaria per il *Recovery* andrà comunque ripagato mediante un aumento delle (scarse) fonti di prelievo esistenti (dazi doganali, contributi statali sull'IVA, *plastic tax* e nuove imposte allo studio, come i prelievi sul digitale o sulle transazioni finanziarie, lo scambio delle quote di emissioni di CO2…) o, più realisticamente, con un incremento della quota dei trasferimenti dai bilanci statali.

La prognosi circa la direzione che lo strumento del *Recovery* potrebbe imprimere al futuro dell'integrazione europea dipende, poi, da cosa si prefiguri con l'auspicio di Europa (più) "sociale": se una convergenza progressiva dei sistemi di *welfare* dei Paesi UE verso standard più elevati, ferme restando le attuali competenze dell'Unione, ovvero

un incremento della capacità di intervento di quest'ultima mediante un trasferimento a livello sovranazionale di nuove attribuzioni in materia (ipotesi allo stato meno probabile). Sono evidenti le differenze di metodo e le conseguenze sul processo di integrazione dell'una o dell'altra prospettiva. Ma anche il risultato potrebbe variare significativamente, soprattutto se si considera che – per la Commissione europea – il «punto di riferimento» imprescindibile per garantire «che la ripresa sia equa ed inclusiva, affronti le disparità e le disuguaglianze evidenziate o acuite dalla crisi e promuova la coesione territoriale» è rinvenuto in quella sintesi un po' vaga e sbiadita dell'*acquis* "sociale" europeo rappresentata dal Pilastro europeo dei diritti sociali [v. la Comunicazione COM(2020) 456 final del 25 maggio 2020, *Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione*, § 4.3]. Il rischio, invero, è che la convergenza degli interessi dei Paesi "trainanti" nel processo di integrazione si affermi più facilmente sul terreno geopolitico, ovvero nel progetto di costruire una difesa comune, che nella realizzazione della c.d. Europa sociale.

FIAMMETTA SALMONI

L'approvazione del *Recovery Fund*, sebbene possa sembrare a prima vista una novità assoluta dal punto di vista degli interventi sovranazionali a sostegno degli Stati membri in crisi, trova alcuni precedenti importanti, che si strutturarono esattamente come il RF. Mi riferisco, ad esempio, al *Community Loan Mechanism* (CLM), che integrava lo Strumento europeo di assistenza finanziaria a medio termine, adottato dall'allora Comunità europea a valle della crisi petrolifera del 1973. Anche in quell'occasione la Commissione europea reperiva fondi "direttamente presso paesi terzi e presso organismi finanziari o sul mercato dei capitali" e la loro distribuzione agi Stati membri era soggetta a stringenti condizionalità. Insomma, non mi sembra che si sia di fronte ad una soluzione così innovativa come la si è pubblicizzata. Tra l'altro, è "passato" un messaggio non corretto per diversi motivi. Mi limito a fare cenno a quelli che a mio avviso sono i più eclatanti, che poi sono anche quelli che hanno generato questa sorta di euforia collettiva che mal si concilia con la reale struttura dello strumento in commento, ma sarebbero molti di più. Mi riferisco, Innanzi tutto, al fatto che con il *Recovery* non siamo affatto di fronte ad una "vera" mutualizzazione del debito. Quest'ultima, stando alla dottrina economica, prevederebbe che tutti i debiti degli Stati membri, passati, presenti e futuri, fossero intestati all'Unione. Invece, come sappiamo, in questo caso sono mutualizzati soltanto i debiti futuri, cioè quelli che gli Stati contrarranno con l'Unione per accedere ai fondi del NGEU. Il secondo grande equivoco nel quale sono incorsi molti commentatori fa riferimento alla "gratuità" di alcuni trasferimenti. Mi riferisco alla quota di c.d. fondo perduto che l'Unione ha destinato agli Stati membri insieme ai prestiti. Qui, in realtà, di fondo perduto non c'è granché. Si tratta di una vera e propria "partita di giro", un artifizio contabile, insomma, perché le sovvenzioni che ci concede l'UE saranno reintegrate nel bilancio unionale attraverso i trasferimenti che gli Stati membri devono effettuare in favore dell'Unione

europea ogni anno mediante il meccanismo delle risorse proprie. In altri termini, saranno sempre gli Stati membri che, attraverso l'innalzamento dei massimali e l'introduzione di nuove risorse proprie, restituiranno all'Unione i denari ricevuti sotto forma di sovvenzioni. Anche in questo caso, si è fatto, volutamente o no questo non saprei dirlo, un grande *battage* pubblicitario su un'operazione che per gli Stati non è affatto a costo zero. Insomma, il fondo perduto non esiste e questo il nostro Governo, composto da economisti e tecnici di altissima levatura, lo sa bene. Tornando alla domanda, di sicuro, allo stato attuale, non sono state ancora adottate misure di *austerity* e questo è un dato positivo. Ma anche qui avrei qualche osservazione da fare. Prima di tutto sulle pesantissime condizionalità cui sono soggette le erogazioni sovranazionali, siano esse sovvenzioni o prestiti. Queste condizionalità in una qualche misura prescrivono già politiche di *austerity*, perché ci impongono riforme strutturali importanti. E anche gli investimenti che ci sono richiesti in realtà sono funzionalizzati a far ripartire l'economia, garantendo la ripresa dell'economia sociale di mercato e la libera concorrenza. Non sono io che lo dico, sono i documenti europei che lo esplicitano nero su bianco. A me sembra piuttosto evidente che il *Recovery Fund* (come d'altronde tutti gli altri finanziamenti sovranazionali), non si svolge in un'ottica solidaristica perché non può operare come un mero sistema di trasferimenti compensativi dai Paesi con gli indicatori economici più "forti" a quelli più deboli. Le condizionalità cui esso è soggetto fanno sì che esso si manifesti per quello che è: uno strumento attraverso il quale le istituzioni UE possono controllare capillarmente le politiche economiche nazionali. Insomma, le condizionalità rappresentano quanto di più lontano ci sia dal principio solidaristico. Di certo il principio solidaristico più volte richiamato in tutti i documenti relativi al NGEU è *competitivo* e *condizionato*, per parafrasare quanto affermato da Wolfgang Streeck in un suo famoso saggio (Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva, in Stato e Mercato, 2000) e mira a ripristinare l'integrazione economica, la stabilità finanziaria e l'Unione economica e monetaria *attraverso* il mercato aperto e in libera concorrenza, di certo *non contro di esso*. D'altronde, i finanziamenti del *Recovery* sono anch'essi soggetti alle finalità stabilite nei Trattati, alcune delle quali sono in evidente contraddizione con gli obiettivi che si vorrebbero raggiungere mediante la coesione sociale. Insomma, il contenimento dell'inflazione e la tutela del mercato aperto e in libera concorrenza sancite dai Trattati sono fortemente in contrasto con quella solidarietà che si presume essere alla base dei finanziamenti europei. C'è poi anche da dire che l'*austerity* più stringente non è ancora stata imposta, ma il motivo è semplicemente perché la Commissione europea ha momentaneamente sospeso il Patto di stabilità e crescita, sebbene non ne abbia sospeso le procedure (tanto è vero che nella Raccomandazione Paese 2021 per l'Italia recentemente adottata il Consiglio ha nuovamente raccomandato all'Italia di *perseguire una politica di bilancio volta a conseguire posizioni di bilancio prudenti e sostenibilità a medio termine* e di *privilegiare le riforme strutturali di bilancio*). Quando nel 2023 il Patto rientrerà pienamente in vigore non sappiamo cosa accadrà, non possiamo sapere se l'Italia e altri Paesi saranno soggetti alle politiche che furono imposte alla Grecia, ma se nulla cambierà nella normativa sovranazionale è molto probabile.

ALESSANDRO SOMMA

In effetti il varo di *Next generation Eu* ha indotto molti a ritenere che l'Unione avesse finalmente intrapreso un nuovo percorso. Non solo perché si sarebbe mostrata finalmente solidale nei confronti degli Stati membri, ma anche e soprattutto perché si troverebbe in un momento hamiltoniano: avendo alimentato lo strumento con un debito comune, avrebbe avviato uno sviluppo della costruzione europea in senso federale. Quest'ultima conclusione non trova però fondamento, se non altro perché il debito comune ha carattere eccezionale e non intacca il principio per cui il bilancio dell'Unione deve essere in pareggio. Lo stesso dicasi per la svolta solidarista, solo apparente e comunque incapace di intaccare la reale natura della costruzione europea in quanto dispositivo neoliberale.

La svolta va ridimensionata innanzi tutto con riferimento agli importi del principale programma facente parte del *Next generation Ue*: il *Recovery fund*, contenente i circa 190 miliardi ai prezzi correnti destinati all'Italia (70 di sovvenzioni e 120 di prestiti). Ebbene, al netto dei trasferimenti al bilancio europeo, questo significa un surplus di appena 34 miliardi in 7 anni (dati della Bce). Il tutto mentre occorrerà restituire, oltre ai prestiti, anche le sovvenzioni: il debito comune è pur sempre debito, da onorare con maggiori trasferimenti al bilancio europeo o rinunciando a trasferimenti dal bilancio europeo.

Soprattutto la svolta non è tale dal punto di vista dello schema di fondo costantemente seguito dal livello europeo nel trasferimento di fondi al livello nazionale. Intendo lo schema a cui si potrebbe dare il nome di "mercato delle riforme", dal momento che l'assistenza finanziaria viene condizionata alla realizzazione di riforme di cui è evidente matrice neoliberale: comportano una contrazione della spesa sociale, privatizzazioni, liberalizzazioni e la precarizzazione e svalutazione del lavoro.

Il regime delle condizionalità collegato al *Recovery fund* è previsto in massima parte dal Regolamento istitutivo dello strumento (n. 241 del 12 febbraio 2021), in particolare nella parte in cui disciplina i Piani nazionali di ripresa e resilienza (Pnrr): lo strumento con cui gli Stati membri identificano i progetti che finanzieranno con le sovvenzioni e i prestiti, e soprattutto elencano le riforme a cui questi ultimi sono vincolati.

Particolarmente insidiose sono le condizionalità che derivano dalla previsione per cui i Pnrr devono essere coerenti con "le priorità specifiche individuate nell'ambito del Semestre europeo". Queste concernono infatti il percorso verso il raggiungimento dell'obiettivo di medio termine (nel caso dell'Italia il pareggio di bilancio), che tornerà a rappresentare un imprescindibile punto di riferimento per le politiche di bilancio nel momento in cui il Patto di stabilità e crescita verrà riattivato, al più tardi entro il 2023. Certo, da più parti si invoca una sua riforma, a cui si è del resto dedicata una consultazione pubblica (sul punto torneremo fra breve). Proprio lo schema seguito da quest'ultima mette però in luce che eventuali modifiche del Patto non toccheranno che

questioni secondarie, posto che non vi sono gli accordi indispensabili per interventi di altro tipo e nulla fa presagire un futuro mutamento di sensibilità nel merito.

Vi è poi il complesso delle riforme indicate nei Pnrr come presupposti delle sovvenzioni e dei prestiti, con tempistiche concepite in modo tale da renderle vere e proprie condizionalità per l'ottenimento delle rate semestrali dell'assistenza finanziaria (successive al prefinanziamento concesso alcuni mesi or sono). La matrice apertamente neoliberale di queste riforme è esemplificata al meglio da quelle che si intendono realizzare attraverso la legge annuale per la concorrenza e il mercato: una misura notoriamente prevista nel 2009 che ha però visto la luce una sola volta (nel 2017). Quattro sono le leggi annuali previste, la prima delle quali si occupa di "servizi pubblici locali, energia, trasporti, rifiuti", con provvedimenti in evidente contrasto con il referendum del 2011 con cui si erano abrogate disposizioni volte a limitare fortemente il ricorso all'*in house providing*.

Insomma, non ci troviamo di fronte auna iniziativa mossa da tensioni solidaristiche. Queste rappresentano al contrario una sorta di trappola con cui nascondere il reale intento del *Recovery fund*: rafforzare la costruzione europea nella sua essenza di dispositivo neoliberale. Oltretutto sino al 2026, ovvero ben oltre la durata della legislatura che ha avallato il Pnrr, seppure dal punto di vista meramente formale.

II Domanda

Le recenti elezioni in Germania (e quelle del prossimo anno in Francia) come potrebbero orientare una simile tendenza?

ELVIRO ARANDA ÁLVAREZ

No es una novedad la importancia del eje franco-alemán en la construcción de la Unión Europea, mucho más después de la salida del Reino Unido. La solución de una política de austeridad, con la centralidad del principio de estabilidad presupuestaria en las normas constitucionales para la crisis financiera de 2008, sabemos que fue la victoria del modelo económico *ordoliberal* imperante en la tradicción económico constitucional alemana.

La solución europea a la crisis económica producida por el Covid-19 tiene también que ver con el apoyo político de Alemania y Francia a una estrategia de suspensión de las normas fiscales procíclicas y una política económica *neokeinesiana* para contrarrectar la enorme contracción económica que supuso la paralización de la economía en Europa. Sin embargo, se observan algunos matices respecto de la estratégia de 2010 a 2013: en la crisis de 2008 la solución vino del intergubernamentalismo; en 2020 las medidas se han tomado con el método comunitario. En el intergubernamentalismos los recursos son de los Estados, en el sistema supranacional los recursos son comunitarios. Esto quiere decir que las

instituciones de la Unión (Consejo Europeo, Consejo, Comisión, BCE) han salido muy reforzadas. Dichas instituciones tienen en sus manos, de hecho, capacidad fiscal y con ella les es más fácil condicionar la política económica de los Estados.

Un buen ejemplo del nuevo "juego de poder" es cómo se aprobó NGUE. La reunión del Eurogrupo de 9 de abril de 2020 anuncia por primera vez la negociación de dicho fondo. Pero pese a esa declaración el enfrenamiento entre países del norte y países del sur de Europa sobre la naturaleza de esos fondos -prestamos o subsidios- hace que el acuerdo se bloque. ¿Cómo se desbloquea la situación?, mediante un acuerdo entre la Canciller alemana Angela Merkel y el Presidente francés Emmanuele Macron anunciando la creación de un fondo de 500.000 mil millones de Euros. Sin embargo, será la presidenta de la Comisión la que tras agradecer la propuesta franco-alemana señala que la institución que preside estaba trabajando con el Parlamento Europeo para presentar un Plan en esa misma línea donde 500.000 mil millones se pondrían a disposición de los Estados a través de subvenciones y 250.000 mil millones a través de préstamos. Es decir, el impulso del eje franco-alemán desatasca la situación política y es la presidenta de la Comisión la que tomando la iniciativa impulsa el *Recovery Fund*.

Por lo tanto, sin duda que la posición política de Alemania y Francia seguirá siendo fundamental en el proceso de consolidación de la UEM, pero las instituciones europeas han reforzado su poder tanto en este tiempo que no debemos minimizar su protagonismo, más, si cabe, cuando sus iniciativas de debate sobre las reglas fiscales están impulsadas no solo por la Comisión sino tambien por el Parlamento Europeo y, si así sale, por la voluntad de los ciudadanos europeos declarada en la Conferencia sofre el futuro de Europa.

PAOLO BIANCHI

La premessa dalla quale parto è che la gestione dell'emergenza sanitaria è stata un'occasione persa per una maggiore integrazione europea. Hanno prevalso le visioni particolari dei singoli stati, le politiche di conservazione; in definitiva ha vinto la linea sovranista, che ha ottenuto di limitare la portata del dibattito e di conseguenza degli interventi dell'Unione.

La cautela della posizione tedesca e francese ha risentito – secondo me – sia di fattori interni che esterni. Tra i fattori interni i prevalenti erano la debolezza di Macron in termini di consenso e la circostanza che l'epoca Merkel fosse ormai giunta all'epilogo. In entrambi gli stati (come in quasi tutti gli altri), inoltre, ogni apertura a un ampliamento dei compiti dell'Unione avrebbe favorito il discorso politico dei partiti sovranisti, preparando la strada a contraccolpi elettorali decisivi.

La campagna elettorale tedesca è stata centrata sui problemi interni, così come le trattative per la formazione del governo. Un segnale importante, ma negativo, è l'assegnazione del ministero delle finanze al liberale Christian Lindner, che già nel 2018 premeva sul governo per l'avvio di una procedura di infrazione contro l'Italia; che ha condotto la sua campagna all'insegna del ritorno all'austerità e al pieno rispetto del

patto di stabilità; che nel governo contrasterà ogni tentativo dei verdi e dei socialdemocratici di apertura sui limiti (interni) alla spesa espansiva.

Non c'è da aspettarsi nessuna spinta per il cambiamento degli assetti attuali, semmai c'è da temere l'appoggio tedesco alla *Allianz der Verantwortung* che, promossa a giugno dall'Austria, oggi raccoglie otto stati membri sotto la bandiera del ritorno alle regole finanziarie ordinarie.

Sia la Germania che la Francia hanno governi fragili, dai quali non giungeranno proposte di innovazione dell'architettura europea: alle prese con problemi interni di non facile soluzione, non hanno alcun interesse a mettere in gioco la loro posizione privilegiata per un progresso dell'integrazione futuro e incerto.

VINCENZO CASAMASSIMA

Considerata l'estrema rilevanza che rivestono, in ordine agli sviluppi del processo di integrazione europea, le vicende politiche interne dei Paesi membri (e soprattutto dei più rilevanti), i risultati delle recenti elezioni tedesche e quelli delle prossime elezioni francesi sono certamente in grado di esercitare un'influenza non trascurabile sul consolidarsi o meno della tendenza, affacciatasi durante la crisi pandemica, a valorizzare una solidarietà connotata dal riferimento pregnante ad una "comunanza di destino", ridimensionando, almeno in parte, lo spazio di operatività della logica della "solidarietà condizionata".

Se guardiamo, innanzitutto, alla Germania, non si può che partire dalla considerazione che è stato proprio, nel 2020, il mutamento dell'orientamento tenuto dal Governo tedesco, stimolato dalla forza dei fatti e dalla pressione politica esercitata da parte di altri Stati membri (e, in particolare, da parte francese), rispetto a quello tenuto in occasione della crisi economico-finanziaria del decennio precedente, ad aprire la strada verso la "svolta" di cui il NGEU si configura come componente essenziale. Si è assistito infatti all'abbandono dell'«atteggiamento spesso supponente di una Germania "maestra di scuola"» [M. FERRERA, *L'Unione europea tra crisi, Brexit e pandemia*, in *il Mulino*, 2/2021, 18] in favore di una strategia politica che ha impegnato Angela Merkel sulla difficile via per «uscire dalla "trappola retorica" anti-solidarista costruita negli anni, soprattutto da Schäuble e dall'intellighenzia ordoliberale» [M. FERRERA, *L'Unione europea tra crisi, Brexit e pandemia*, cit, 21].

Il fatto che in occasione delle elezioni politiche del settembre 2021 Angela Merkel non si sia presentata, per la prima volta dopo sedici anni, come leader del suo partito (e "candidata" al cancellierato) contribuisce a rendere difficile valutare quanto sulla sconfitta dei cristiano-democratici abbia potuto incidere il cambiamento di approccio nei confronti della questione della solidarietà europea (si pensi al discorso al Budestag del 23 aprile 2020, in cui la Cancelliera aveva affermato tra l'altro, come riportato nel saggio di M. Ferrera da ultimo richiamato, che «l'Europa non è Europa se non sta a fianco di ciascun Paese, iniziando da quelli più indebitati. Ciò che fa bene all'Europa è sempre molto importante per la Germania»). In ogni caso, l'esito della tornata elettorale,

che ha premiato soprattutto la SPD, i Verdi e, meno significativamente, i Liberali, può essere letto (anche) come una sostanziale approvazione politica degli orientamenti in materia di politica europea assunti dal Governo Merkel nell'ultimo scorcio della sua durata in carica. Anzi, lo spostamento degli equilibri in favore di forze "progressiste" potrebbe far sperare che dal nuovo Esecutivo venga una spinta ancora maggiore a favore di un'Europa più integrata e (più) sociale.

Dal testo dell'accordo di coalizione stipulato fra i tre partiti della maggioranza di governo in via di formazione (non conoscendo il tedesco, mi sono affidato alla lettura di commenti reperibili sugli organi di stampa) si trae l'impressione di un orientamento certamente definibile come "europeista". È opportuno peraltro distinguere tra la decisa apertura verso sviluppi significativi sul fronte della riforma dei processi decisionali e dei rapporti tra le istituzioni delle UE (nonché della politica estera e di difesa comune) ed una maggiore cautela sul fronte delle possibili innovazioni specificamente incidenti sulla dimensione economica e sociale dell'Unione.

Sul primo versante, si reperiscono infatti nel testo dell'accordo, in primo luogo, aperture verso la prospettiva di una riforma dei trattati che, prendendo le mosse dai lavori della Conferenza sul futuro dell'Europa, possa orientarsi anche in senso federale, attraverso l'istituzione di una "convenzione costituzionale". Significativo è inoltre il riferimento alla necessità di rafforzare il Parlamento europeo, conferendo al medesimo il potere di iniziativa legislativa (attualmente riservato alla Commissione), e di elaborare una legge elettorale comune europea, incardinata sul ricorso a liste elettorali transnazionali. Non meno rilevante è la proposta di abbandonare il principio della decisione all'unanimità in materia di politica estera e di difesa comune. Sul versante che qui più specificamente interessa, cioè quello attinente alla posizione del futuro Governo tedesco in ordine alla dimensione sociale (ed economica) europea, per un verso, si esprime una forte attenzione nei confronti dei temi della lotta alle diseguaglianze (socio-economiche e di genere) e alla povertà, nonché dei diritti dei lavoratori (compreso quello a partecipare ai processi decisionali aziendali); per un altro, si ripone però fiducia, in concreto, essenzialmente nel completamento del mercato interno e nell'attuazione di uno strumento di *soft law*, quale il Pilastro europeo dei diritti sociali [su cui si veda S. GIUBBONI, *L'insostenibile leggerezza del Pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Politica del diritto*, 4/2018, 557 ss.].

A proposito del NGEU, di cui si valorizzano le finalità verso cui dovrà essere indirizzato l'utilizzo delle risorse, si sottolinea che si tratta di uno strumento «temporaneo e quantitativamente limitato» e che va attuato nel rispetto delle condizioni previste, senza che sia prefigurata una possibile stabilizzazione del "modello NGEU", se del caso mediante la revisione del modello di *governance* economica delineato dai trattati. Con riguardo al Patto di stabilità e crescita, si evidenzia come abbia rivelato la sua natura di regola flessibile e come, reso più semplice e trasparente, possa porsi alla base di un rafforzamento dell'Unione economica e monetaria, anche in questo caso senza che siano prospettate revisioni sostanziali del succitato Patto.

Se, alla luce di quanto sopra si è scritto, dall'esito delle recenti elezioni svoltesi in Germania paiono emergere segnali di un'apertura tedesca nei confronti di un

approfondimento del processo di integrazione europea, che risultano peraltro meno accentuati proprio in ordine alla dimensione sociale ed economica, più difficile risulta esprimere valutazioni in ordine alle prossime elezioni francesi (previste per l'aprile 2022). Il loro esito non può essere sottovalutato, se si tiene conto dell'importanza del Paese del quale si parla (appunto la Francia), anche in considerazione del rilievo che ha sempre rivestito e riveste l'asse franco-tedesco nell'ambito delle dinamiche politiche europee. Considerato il panorama delle forze politiche e dei candidati che si confronteranno con il Presidente in carica Macron, emerge che la partita politico-elettorale delle presidenziali (in attesa delle successive elezioni parlamentari), alla luce dello stato di grande debolezza in cui versa la sinistra francese (a cominciare dai socialisti), si giocherà presumibilmente sul terreno della contrapposizione tra forze centriste (*La République En Marche* di Macron), di centro-destra neo-gollista (*Les Républicains*, che hanno designato come candidata Valérie Pécresse) e di estrema destra (il *Rassemblement National* di Marine Le Pen e *Reconquête* di Eric Zemmour).

Una riconferma di Macron non comporterebbe, dal punto di vista che qui interessa, variazioni significative rispetto al presente scenario europeo: ne risulterebbe confermato – si può immaginare – l'orientamento sinora tenuto dal Governo francese, favorevole ad un avanzamento del processo di integrazione europea e che, oltre ad essere stato tra i promotori del NGEU, si è pronunciato (tra l'altro in occasione del Consiglio europeo del 25 marzo 2021) a favore di un incremento dei fondi stanziati, onde avvicinarsi alla cifra molto più consistente stanziata, per la ripresa dell'economia, dal Governo statunitense.

Il Presidente Macron ha ribadito e articolato le proprie posizioni in occasione di una conferenza stampa del 9 dicembre 2021, dedicata a delineare le linee guida della presidenza francese del Consiglio dell'UE (primo semestre del 2022). Ha parlato, senza comunque prospettare innovazioni radicali dello *status quo*, della necessità di «*imaginer un nouveau modèle européen qui est un modèle de production, mais également de solidarité et de régulation*» e, più concretamente, tra l'altro, di rivedere le regole di bilancio, in modo da renderle più adeguate a facilitare gli investimenti necessari ai fini delle varie "transizioni" (climatica, digitale, sanitaria ecc.) che contraddistingueranno i prossimi anni (si afferma a proposito di tali transizioni che «*nous ne les mènerons pas à l'échelle de notre continent, si nous en revenons à un cadre budgétaire qui a été créé au début des années 90*») e della necessità, con riguardo alla dimensione sociale, soprattutto di migliorare la condizione dei lavoratori (si fa riferimento all'adozione della direttiva sui salari minimi da definire ad un livello dignitoso).

Mentre si può presumere che l'elezione della candidata neo-gollista comporterebbe un riposizionamento relativamente limitato dell'indirizzo politico francese in materia europea, potendosi comunque immaginare una certa maggiore ritrosia ad avanzamenti nel senso di un Europa (più) sociale (in ragione delle possibili ricadute, tra l'altro, sul piano dell'incremento della pressione fiscale), prospettive molto differenti potrebbero aprirsi in caso di vittoria di un candidato di estrema destra, per quanto l'esito delle presidenziali potrebbe essere poi "bilanciato" da un non conforme esito delle elezioni parlamentari.

In conclusione, è quasi superfluo ricordare che le vicende politico-elettorali di Stati pur molto rilevanti, come Germania e Francia, potranno esercitare sulla direzione del processo di incremento, quantitativo e qualitativo, della dimensione sociale europea un'incidenza comunque limitata e condizionata dalle dinamiche politiche che si avranno modo di svilupparsi nei diversi contesti nazionali e all'interno dell'articolato e complesso sistema politico-istituzionale dell'Unione europea.

ANDREA GUAZZAROTTI

Qui si tocca il vero problema dell'Unione europea, quello per cui l'esito delle elezioni tedesche (e, in misura minore, francesi) appare ormai più determinante per il destino dell'UE che non l'esito delle elezioni per il Parlamento europeo. In assenza di uno spazio politico europeo e di media europei in grado di influenzare le opinioni pubbliche nazionali, occorre sperare che i media nazionali – specie quelli tedeschi – abbandonino il facile ricorso alla contrapposizione retorica tra debitori e creditori.

Non manca in alcuni noti economisti tedeschi la consapevolezza della profonda erroneità di una governance economica basata sull'austerity e sul neo-mercantilismo tedesco imposto al resto dell'Eurozona [P. BOFINGER, *The ECB's policy under the presidency of Mario Draghi: a curse or a blessing for Europe?*, in *European Journal of Economics and Econ. Pol.*, 2020, 171-182; H. FLASSBECK, C. LAPAVITSAS, *The Systemic Crisis of the Euro. True Causes and Effective Therapies*, Berlino, 2013]. L'impressione è, tuttavia, che si tratti di una minoranza "illuminata" che fatica ad assurgere al ruolo di "consigliere del principe". L'attuale membro tedesco del Comitato esecutivo della BCE, Isabel Schnabel, pronunciò, nel marzo 2020, la fatidica frase secondo cui alla BCE non spetta "chiudere gli spread", slogan poi maldestramente rilanciato dalla Presidente della BCE, Christine Lagarde, con esiti nefasti sul mercato dei debiti pubblici degli Stati "debitori" [F. FUBINI, *Il discorso di Lagarde e quelle parole suggerite da una collega tedesca*, in *Corriere.it*, 13 marzo 2020]. Eppure, la stessa Schnabel ha esternato la propria consapevolezza su quanto la Germania ha lucrato, in termini di risparmi di spesa per interessi sul debito pubblico, dalla fuga dei capitali dai titoli di stato italiani (e di altri Paesi del Sud Europa) in favore dei titoli tedeschi [ben 400 miliardi di euro dal 2017 al 2020: S. CESARATTO, *Quei sussidi italiani alla Germania*, in *Micromega*, 3 dicembre 2021]. Vero è che la decisione della stessa BCE di lanciare il programma di *Quantitative easing* anti-pandemia (il *Pandemic emergency purchase programme* – PEPP) è stata presa all'unanimità del Consiglio direttivo, dunque con il voto favorevole tanto del Governatore della Bundesbank che della stessa Schnabel, abbandonando così l'ostilità verso le politiche monetarie espansive dei tempi della Presidenza Draghi.

Ci si potrebbe chiedere se le élite tecnocratiche tedesche abbiano mutato paradigma o se non sia piuttosto una modifica di prospettiva congiunturale, dettata principalmente dall'esigenza di compensare con domanda intra-europea la caduta della domanda internazionale verso i beni di esportazione tedeschi [A. SAPIR, *Una*

rivoluzione pragmatica, in S. DISEGNI (cur.), *L'Europa al bivio dopo lo shock*, Le Monografie di Reset DOC, Milano, 2020, 39 ss.]. Si può anche auspicare che si moltiplichino le pubblicazioni scientifiche tedesche in cui si dà conto del fatto che l'Italia persegue costantemente avanzi primari dall'inizio degli anni Novanta del secolo scorso e che, dunque, la narrazione della tendenza a "vivere al di sopra delle proprie possibilità" sia falsa e tendenziosa [L. BACCARO, B. BREMER, E. NEIMANNS, *German voters and Eurobonds*, *Max Planck Institute for the Study of Societies*, 9 aprile 2020]. Ma il cuore del problema resta quello dell'inversione di rotta di una tendenza atavica della Germania al raggiungimento di surplus commerciali, basati sulla deflazione salariale e sull'avversione per politiche espansive della spesa pubblica che accrescano il potere d'acquisto dei salariati. Non è di buon auspicio, in tal senso, il dato che lo stesso neo-Cancelliere Scholz abbia perseguito, nella sua precedente carriera di ministro dell'economia, proprio l'aumento dell'avanzo primario del bilancio pubblico tedesco, ossia politiche intimamente anti-keynesiane [S. WHIMSTER, *What is a Hamilton moment?*, 10 giugno 2020, https://fedtrust.co.uk/what-is-a-hamilton-moment/]. Si può, invero, sperare che la vaga promessa contenuta nel "contratto di coalizione" per una modifica del Patto di stabilità in senso meno rigorista possa segnare un primo mutamento culturale delle élite politiche tedesche [T. MASTROBUONI, *La Germania è pronta a riformare il Patto di stabilità: lo stop anti-rigore nel contratto di coalizione del governo "semaforo"*, 2 dicembre 2021, https://www.repubblica.it/]. Ma che proprio al capo dei Liberali tedeschi Lindner venga affidato il ministero delle finanze sembra rendere alquanto aleatorio tale vago impegno a riformare le regole del Patto di stabilità.

A rendere più cogenti i vaghi impegni del nuovo governo tedesco per una riforma delle regole fiscali europee potrebbe contribuire il c.d. Trattato del Quirinale tra Italia e Francia, se è vero che quest'ultima ha deciso di controbilanciare la storica alleanza franco-tedesca nella guida dell'Eurozona ricorrendo all'asse con Roma, anche al fine di scongiurare una riattivazione del Patto di stabilità in termini "austeriani" [D. Fabbri, *Perché ci serve il trattato del Quirinale*, 20 novembre 2021, *https://www.lastampa.it*]. Ma certo, si tratta di logiche intergovernative e diplomatiche ben lontane dalla costruzione di quello spazio politico europeo necessario per stabilizzare l'inedita politica di bilancio del NGEU.

Sotto altra prospettiva, occorre considerare che negli anni del perseguimento del pareggio di bilancio e degli eccezionali surplus commerciali tedeschi, la Germania ha segnato un aumento impressionante dell'indice di disuguaglianza, in modo da rendere assai difficile parlare di solidarietà europea a quella parte di elettorato che più ha subito la crescita delle diseguaglianze [cfr. lo studio del DIW di Berlino "*MillionärInnen unter dem Mikroskop: Datenlücke bei sehr hohen Vermögen geschlossen – Konzentration höher als bisher ausgewiesen"*, citato da W. Münchau, *Germany is one of the most unequal countries in Europe* (27 luglio 2020), in *Eurointellingence*]. Ma allora, più che nelle vaghe promesse del nuovo governo tedesco sulla riforma del Patto di stabilità, qualche speranza di mutamento della politica tedesca la si può riporre nell'impegno a portare il salario minimo a 12 euro e a introdurre il reddito di cittadinanza, assieme con la realizzazione di politiche per la casa [T. MASTROBUONI, *Germania, accordo per il*

governo del socialdemocratico Scholz con ambientalisti e liberali: "Cannabis sarà legalizzata", 24 novembre 2021, https://www.repubblica.it/].

SIMONE MARINAI

Le elezioni politiche tedesche dello scorso 26 settembre hanno segnato la fine del cancellierato di Angela Merkel, che è stata alla guida delle diverse coalizioni che si sono succedute al governo della Germania negli ultimi 16 anni. È ben noto il ruolo che la Cancelliera ha svolto negli equilibri politici europei, così come le posizioni di rigore dalla stessa da sempre sostenute in funzione della salvaguardia delle economie degli Stati membri della zona euro. Proprio per questo, è senz'altro legittimo chiedersi se la predetta impostazione "rigorista" continuerà ad essere sostenuta anche dal nuovo governo che, lo scorso 8 dicembre, è nato a seguito dell'accordo concluso tra i socialdemocratici della SPD, i verdi ed i liberali della FDP e che ha dato vita alla c.d. *Ampelkoalition* ("coalizione semaforo").

Pur essendo difficile fare previsioni, soprattutto tenuto conto della novità (e, quindi, in una certa misura, anche dell'imprevedibilità) della nuova coalizione, non credo che sia da aspettarsi una netta discontinuità rispetto all'impostazione che la Germania ha tradizionalmente seguito in materia di politica economica europea. Non bisogna dimenticare, infatti, che il nuovo primo ministro, Olaf Scholz, è stato il Ministro delle finanze uscente, nonché vice Cancelliere, nell'ambito della *Grosse Koalition* che ha guidato il Paese tedesco nell'ultimo quadriennio. A ciò si aggiunga, poi, che la posizione assunta dal governo tedesco durante la pandemia non può essere semplicisticamente etichettata come "rigorista". Non va dimenticato, infatti, che è stata proprio la Germania, insieme alla Francia, mediante l'iniziativa congiunta del 18 maggio 2020 [https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/05/18/initiative-franco-allemande-pour-la-relance-europeenne-face-a-la-crise-du-coronavirus], ad aver dato la spinta necessaria alla creazione del *Recovery Fund* (poi ribattezzato *Next Generation EU*), dimostrando quindi di non volersi appiattire sulla rigida impostazione seguita dai Paesi "frugali".

Ruolo chiave verrà svolto dal nuovo Ministro delle finanze, carica assegnata a Christian Lindner, leader dei liberali della FDP, partito che tradizionalmente si distingue per perseguire una politica fiscale di riduzione delle tasse e per la volontà di mantenere il *deficit* basso mediante politiche rigorose. In linea di principio, quindi, l'approccio del nuovo Ministro delle finanze dovrebbe essere improntato all'*austerity*, anche se potrà in parte essere bilanciato dalle posizioni degli alleati verdi e socialisti che, senz'altro, sono maggiormente aperti al concetto di debito comune.

All'interno del contratto di coalizione, sottoscritto lo scorso 7 dicembre, viene fatto espresso riferimento all'esigenza di rafforzare l'Unione economica e monetaria. In particolare, viene affermato che il Patto di stabilità e crescita ha dato prova di flessibilità, lasciando intendere, quindi, che si tratta di uno strumento sostanzialmente da confermare. Alcune aperture vengono comunque fatte rispetto alla possibilità di

procedere alla riforma dello stesso, ma essenzialmente al fine di rendere i meccanismi in questo previsti più semplici e trasparenti, in modo quindi da poterne rafforzare l'attuazione e non certo per sovvertirne la logica. Nel contratto di governo si specifica, poi, che il *Next Generation EU* deve rimanere uno strumento circoscritto nel tempo e nel suo ammontare. Tale strumento viene concepito, quindi, come del tutto eccezionale e giustificato solo nel contesto delle misure straordinarie adottate per far fronte al periodo pandemico.

Non è da escludere, peraltro, che l'esperienza del *Next Generation EU* possa servire per migliorare le procedure che caratterizzano il quadro di sorveglianza di bilancio collegato al Patto di stabilità e crescita. Il coordinamento delle politiche economiche svolto nell'ambito del c.d. Semestre europeo, anche secondo quanto recentemente affermato dalla Commissione europea, dovrebbe rimanere anche in futuro il quadro di riferimento per procedere alla sorveglianza integrata delle politiche economiche ed occupazionali degli Stati membri [v. Comunicazione della Commissione, *L'economia dell'UE dopo la COVID-19: implicazioni per la* governance *economica*, COM (2021) 662 del 19 ottobre 2021, p. 14]. Potrebbe però essere tratto spunto dal *Next Generation EU* per riprenderne il meccanismo che ha permesso, prima, di fissare obiettivi comuni a livello di Unione europea (obiettivi che, nell'occasione, sono stati identificati nella transizione verde e digitale, nonché nell'inclusione e coesione sociale), poi, di elaborare piani nazionali per dare attuazione a tali obiettivi, in modo da avviare un dialogo politico tra la Commissione europea e ciascuno Stato membro, all'esito del quale la Commissione è chiamata ad elaborare una proposta destinata a sfociare in una decisione di esecuzione del Consiglio, che definisce le riforme e gli investimenti concordati. L'attuazione di tali riforme, poi, viene monitorata da parte della Commissione in funzione della realizzazione di traguardi specifici che devono essere approvati dal Consiglio. Con questo meccanismo si consente di valorizzare le differenze socioeconomiche e le preferenze di ciascuno Stato e, al contempo, di rafforzare la fiducia reciproca tra Stati membri e istituzioni dell'Unione europea nella conduzione delle politiche portate avanti a livello statale.

Per quanto riguarda la posizione della Francia, la stessa dovrà essere letta tenendo conto di due avvenimenti politici fondamentali che si verificheranno nei primi mesi del 2022: da una parte, la presidenza di turno del Consiglio dell'Unione europea, che verrà ricoperta dallo Stato francese nel primo semestre del 2022 e, dall'altra, le elezioni presidenziali che si terranno nell'aprile 2022 per individuare il nuovo inquilino dell'Eliseo. La presidenza di turno del Consiglio dell'UE spingerà la Francia a giocare un ruolo da protagonista nei *dossier* più caldi e, tra questi, senz'altro può essere annoverata anche la riforma della *governance* economica. Difficile però credere che la Francia spinga per l'abolizione del Patto di stabilità e crescita, a maggior ragione nel caso di rielezione alla Presidenza della Repubblica di Emmanuel Macron che, seppur è vero che in passato ha definito "*débat d'un autre siècle*" la regola che stabilisce la soglia del 3% nel rapporto tra deficit e Pil [https://www.economist.com/europe/2019/11/07/emmanuel-macron-in-his-own-words-french], potrebbe piuttosto farsi promotore di un miglioramento degli strumenti attuali,

senza peraltro radicali inversioni di rotta rispetto ai meccanismi di coordinamento delle politiche economiche esistenti.

EDMONDO MOSTACCI

Sicuramente il prossimo futuro darà indicazioni più precise sul punto di caduta della parabola di *Next generation EU*, se si sarà trattato di una breve parentesi o, al contrario, del primo passo di un più ampio riorientamento del paradigma fondamentale, seguito dall'Europa in materia economica e sociale.

Da questa prospettiva, le elezioni tedesche e francesi – oltre alle prossime elezioni italiane – avranno un ruolo significativo. Sul punto, vale la pena svolgere due veloci considerazioni.

Per un verso, l'uscita di scena di Merkel ed, eventualmente, di Macron rischiano di essere più il freno a una possibile trasformazione dell'Europa che non uno stimolo. Infatti, l'esperienza maturata in questi anni aveva sicuramente immunizzato la Cancelliera tedesca rispetto a posizioni rigidamente ideologiche ed ortodosse. Un nuovo cancelliere, al pari di un nuovo presidente della Repubblica francese, può invece difettare di quella attitudine pragmatica e depurata da sterili idiosincrasie

Per altro verso, quanto alle elezioni tedesche dello scorso settembre, se il programma socialdemocratico di Olaf Scholz potrebbe forse essere di buon auspicio per un rafforzamento della dimensione sociale dell'Europa unita, le inquietanti posizioni ripetutamente espresse dal suo ministro finanze – il *leader* del secondo *junior partner* della coalizione di governo, Christian W. Lindner – appaiono il peggior viatico dal punto di vista di un diverso approccio europeo ai temi economici e sociali. Non a caso, quanto al tema della politica finanziaria, il contratto della nuova coalizione di governo non si discosta in nulla dall'approccio rigorista, caro ai governi dell'area germanica. D'altra parte, non bisogna dimenticare che la radice della strategia imperniata sulla deflazione salariale in Europa – la quale è imparentata non solo in via di principio con il regime dell'austerità imposto ai Paesi GIPSI all'indomani della cd. crisi del debito – fu il pacchetto di riforme adottato in Germania sotto l'ultimo governo socialdemocratico, noto come Hartz IV [sul quale v. A. SOMMA, *La dittatura dello spread*, Roma, 2014].

Più complesso il discorso relativo alle elezioni francesi. Infatti, un'eventuale uscita di scena di Macron potrebbe avvenire ad opera di mani diverse e, dal punto di vista dello sviluppo del processo di integrazione, una Presidenza Zemmour o Le Pen promette conseguenze assai diverse, rispetto a un quinquennato Pécresse o Hidalgo.

CLAUDIO PANZERA

Naturalmente è difficile fare previsioni in questa fase, con il governo Scholz appena insediatosi e ancora atteso alla prova dei primi vertici europei del dopo-Merkel. Sebbene la pandemia abbia mostrato che anche le posizioni più intransigenti possono

ammorbidirsi, è bene essere cauti sull'ipotetica discontinuità della politica europea del nuovo governo tedesco. Nell'accordo programmatico *Osare per un maggiore progresso - Alleanza per la libertà, la giustizia e la sostenibilità* (*Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit*), sottoscritto dai *leaders* della coalizione "semaforo" quale base per la formazione dell'esecutivo, si dichiara ad esempio di guardare con favore ad uno sviluppo in senso federale dell'UE e all'avvio di un nuovo processo di revisione dei trattati; si propone la creazione di liste transnazionali per le elezioni europee; si mira ad un estensione della procedura di voto a maggioranza qualificata nel Consiglio e persino ad un rafforzamento del ruolo della Corte di giustizia (un implicito avviso per il *BVerfGE*?); si giunge, infine, ad auspicare che gli interessi nazionali vengano in futuro presi in considerazione e valutati *alla luce* di quelli europei. Tuttavia, dopo queste accelerazioni, la brusca frenata: «la Coalizione si dichiara favorevole ad una conservazione del Patto di stabilità e crescita in forme flessibili». Come ribadito da vari esponenti del (vecchio e) nuovo governo, l'UEM va bene così com'è, contiene già in sé tutta la flessibilità necessaria per far fronte alle situazioni di crisi e non necessita dunque di alcuna riforma (il ministero delle finanze non a caso è detenuto da un difensore di questo approccio, il liberale Lindner). Sembra, dunque, che proprio su uno dei temi più sensibili di eventuali negoziati per un'ipotetica revisione dei trattati, la Germania intenda ancora porsi alla guida del gruppo dei Paesi restii ad allentare/rivedere i parametri del rigore e dell'austerità delle politiche nazionali di bilancio, messi invece in discussione dalle dichiarazioni dei governi italiano e francese, che non considerano più tale argomento un "tabù".

Sarà dunque interessante seguire gli sviluppi delle alleanze bilaterali che l'Italia sta tessendo attorno al consolidato asse franco-tedesco, prima con il Trattato del Quirinale recentemente concluso con la Francia e, poi, con le trattative avviate per giungere ad un'analoga collaborazione – in forme ancora da definire – con la Germania. Il "trilogo" che si profila all'orizzonte potrebbe schiudere scenari inediti nelle relazioni con gli altri Paesi UE anche *oltre* l'ambito economico-finanziario (smorzando la contrapposizione tra il blocco dell'austerità e quello della solidarietà), per esempio su altri due fronti cruciali per il futuro del processo di integrazione: la questione migratoria, da un lato, e il rispetto dello Stato di diritto (insieme all'uso/abuso della clausola di identità costituzionale), dall'altro.

FIAMMETTA SALMONI

Mi riallaccio a ciò che stavo esponendo poc'anzi. Questa tendenza ad abbracciare una dimensione sociale da parte dell'UE io non la vedo se non di facciata. Nei documenti della Commissione e nei Regolamenti che disciplinano il *NGEU* si fa sì riferimento alla solidarietà sociale, ma il tutto deve essere attuato nell'ottica della spinta verso la convergenza e la coesione all'interno dell'Unione per ristabilire "un mercato interno ben funzionante" per ovviare alle "carenze strutturali delle economie degli Stati membri", rafforzarne la resilienza, aumentarne la produttività e condurre "a una loro

maggiore competitività" essenziali, quindi, "per riportare tali economie sul giusto corso" e solo a quel punto "ridurre le disuguaglianze e le divergenze nell'Unione" (ad es. Reg. 2021/241, cons. 6). A questo dato di fatto si aggiunge il problema della momentanea sospensione del Patto di stabilità e crescita, che però, come detto, rientrerà in vigore nel 2023. Questo evento produrrà risultati catastrofici su tutti gli Stati membri a meno che non si riscrivano seriamente le regole del Patto. A questo stanno lavorando molte Istituzioni sovranazionali e internazionali (mi riferisco al MES ad esempio), ma anche la gran parte della dottrina economica. Le proposte sin qui avanzate tuttavia a me sembrano di difficile realizzazione o, comunque, poco incisive. A ciò aggiungiamo anche la posizione che hanno assunto otto Stati membri (Paesi Bassi, Austria, Danimarca, Lettonia, Slovacchia, Repubblica Ceca, Finlandia e Svezia) nel *Position paper* dal titolo *Common views on the future of the Stability and Growth Pact*, sottoscritto il 9 settembre 2021 nel corso dell'Eurogruppo informale a Kranj in Slovenia. In esso, infatti, si legge che «finanze pubbliche sane sono un pilastro centrale dell'appartenenza all'UE e un fondamento dell'Unione economica e monetaria. Pertanto, la sostenibilità fiscale combinata con le riforme che sostengono la crescita economica deve continuare a formare la base di un quadro comune di politica economica e fiscale dell'UE (…) di conseguenza, la riduzione del rapporto debito/PIL deve rimanere un obiettivo comune». Infatti, «il Trattato sul funzionamento dell'UE obbliga tutti gli Stati membri a evitare e correggere i *deficit* eccessivi», quindi, proseguono, «siamo aperti a un dibattito sul miglioramento della governance economica e fiscale, incluso il Patto di stabilità e crescita», ma solo per quanto riguarda «le semplificazioni e gli adattamenti che favoriscono un'applicazione delle regole coerente, trasparente e migliore». Una posizione di parziale chiusura, insomma, rafforzata probabilmente dall'opinione della Germania che nel documento esplorativo -del 15 ottobre 2021- sulla cui base si formerà il nuovo governo tedesco della c.d. coalizione semaforo (SPD, FDP e Verdi) ha sancito che «il patto di stabilità e crescita ha dimostrato la sua flessibilità» pertanto «sulla sua base vogliamo garantire la crescita, mantenere la sostenibilità del debito e gli investimenti rispettosi del clima». Affermazione confermata dal *Koalitionsvertrag 2021-2025* dello scorso 24 novembre. Mi sembra, dunque, che ad oggi l'attitudine di questi Stati vada nella direzione di una riforma *soft* del Patto, ossia nessuna modifica dei Trattati, ma possibili revisioni della normativa secondaria e quindi dei valori numerici in essa contenuti, in particolare quelli relativi all'avvicinamento all'obiettivo di medio termine. Anche per ciò che riguarda la Francia, a mio avviso, l'orientamento non sarà molto diverso. È vero che questo Paese in questo momento si trova in una situazione di difficoltà, sancita dalla stessa Commissione europea nella sua *Relazione 2021 sul meccanismo di allerta* del 19 novembre scorso, dove è scritto che, ai sensi della procedura per gli squilibri macroeconomici, anche la Francia (insieme ad altri otto Stati membri tra cui la stessa Germania) presenta degli "squilibri" che dovranno essere sistemati. L'interesse francese, quindi, potrebbe coincidere con il nostro, che ovviamente è quello di cambiare anche le percentuali prescritte nel Patto, specie quella debito/Pil. Ma oltre alle difficoltà giuridiche che dette modifiche comporterebbero, perché si tratterebbe di votare

all'unanimità la revisione del Protocollo allegato al TFUE, dubito che la Francia decida di indebolire l'asse franco-tedesco in favore di un ben più fragile asse franco-italiano. Il recentissimo *Trattato del Quirinale* da questo punto di vista non mi sembra possa essere significativo di una volontà in tal senso da parte dei cugini d'oltralpe considerando anche che il suo articolato prevede vantaggi molto maggiori per loro che per noi.

ALESSANDRO SOMMA

Come si sa il nuovo esecutivo tedesco è finalmente in carica, con un Contratto di colazione dal quale si possono trarre alcune prime indicazioni circa il suo atteggiamento nei confronti dell'Europa. Lì si legge fra l'altro che il Patto di stabilità e crescita "ha dimostrato di essere uno strumento flessibile" e che "a partire da esso vogliamo garantire la crescita e mantenere la sostenibilità del debito": di qui la conclusione che "lo sviluppo delle regole di politica fiscale dovrebbero orientarsi al raggiungimento di questi obiettivi".

Con queste premesse non stupisce dunque se delle determinazioni della "colazione semaforo" il tema della stabilità dei prezzi continua a essere ritenuto "fondamentale per il benessere dell'Europa" e se si preannuncia che "le preoccupazioni per una crescita dell'inflazione" verranno tenute in "seria considerazione". Neppure colpisce se si precisa che "la Banca centrale europea, obbligata soprattutto a promuovere la stabilità dei prezzi, può assolvere al meglio il proprio mandato se la politica di bilancio nell'Unione e nei Paesi membri adempie alle proprie responsabilità". Se però così stanno le cose, allora davvero non ci sono margini per una riforma del Patto di stabilità e crescita che conduca a politiche fiscali e di bilancio non ossessionate unicamente dal controllo dell'inflazione (in linea con la storia tedesca), ma aperte a considerare la piena occupazione come una finalità da perseguire.

Tutto questo avrà quanto prima ripercussioni negative sull'operato della Banca centrale europea, che con il *Quantitative easing* ha realizzato l'unico intervento efficace per contrastare la speculazione sui titoli del debito dei Paesi in difficoltà. Quell'operato viene formalmente giustificato come espediente idoneo a favorire il raggiungimento di un tasso di inflazione inferiore ma prossimo al 2% in quanto strumento per ottenere la stabilità dei prezzi, nell'ambito di programmi che la Corte costituzionale tedesca non ha però mancato di stigmatizzare per altri aspetti centrali [Bundesverfassungsgericht, 5 maggio 2020, 2 BvR 859/15], quando oltretutto il tasso non aveva ancora raggiunto vette ben oltre quel livello.

Insomma, le elezioni tedesche hanno alimentato la tendenza a fare della pandemia l'occasione per rinsaldare la costruzione europea nella sua essenza di dispositivo neoliberale. Magari offrendo all'Italia di continuare a beneficiare dell'acquisto dei suoi titoli del debito da parte della Bce, tuttavia sotto forma di *Outright Monetary Transactions,* ovvero con l'intervento del Meccanismo europeo di stabilità e dunque sotto rigida condizionalità.

Certo, le svolte ecologica e digitale non sono concepibili senza un robusto sostegno pubblico, e questo viene esplicitato anche nel Contratto di coalizione: dove si preannuncia anzi un periodo di investimenti pubblici "per il futuro". Questo non muta però l'orientamento tedesco sul terreno europeo, dal momento che i tedeschi hanno mostrato in altre occasioni di non disdegnare l'idea di uno "Stato sociale in un solo Paese": di un keynesismo in casa a cui corrisponde l'austerità in Europa. Magari pensando di bilanciare la situazione creando posti di lavoro in Germania per i cittadini degli altri Paesi membri fortunati, ovvero beneficiandoli in quanto *Gastarbeiter* (come proposto in un editoriale del settimanale Der Spiegel ai tempi della crisi del debito sovrano).

Se così stanno le cose, quanto potrà emergere dalle elezioni francesi non avrà modo di incidere più di tanto. Se anche Oltralpe si accarezza l'ipotesi di riforme incisive del Patto di stabilità e crescita, questa non troverà spazio o comunque non avrà modo di integrare l'agenda di un asse, come quello franco tedesco, che costituisce il vero salvagente per i problemi francesi.

III Domanda

Che peso potrà avere in questo percorso la "Conferenza sul futuro dell'Europa"?

ELVIRO ARANDA ÁLVAREZ

Sin duda alguna, el peso de la Conferencia sobre el futuro de Europa en la "nueva" gobernanza económica va a depender de la capacidad que tenga para movilizar a la ciudadanía europea. Las instituciones europeas y, en particular la Comisión, están comprometidas con los resultados de la Conferencia. Recordemos que la Sra. von der Layer en el discurso de apertura del Parlamento Europeo de junio de 2019 decía de ésta que *debía ser la oportunidad para participar en un debate más estructurado, con el objetivo de mejorar el funcionamiento de la Unión no solo en términos de dinámica institucional, sino también en lo que respecta a las políticas.* Además, las tres instituciones que impulsan la Conferencia -Comisión, Consejo y Parlamento Europeo- terminan su declaración constitutiva diciendo que *examinarán con prontitud la forma de dar un seguimiento eficaz a dicho informe* -el que recoja los resultados finales de la Conferencia-*, cada una dentro de su ámbito de competencia y de conformidad con los Tratados.*

Pero dicho lo anterior, no debemos de olvidar ante qué tipo de instrumento político estamos. Recordemos que la covertura jurídica de la Conferencia es el art. 11 del TUE cuando dice que "las *instituciones darán a los ciudadanos y a las asociaciones representativas, por los cauces apropiados, la posibilidad de expresar e intercambiar públicamente sus opiniones en todos los ámbitos de actuación de la Unión".* Es decir, que estaríamos ante un instrumento de "democracia participativa" que, como señalara el

profesor Pizzorusso, tienen como objetivo activar instrumentos políticos que refuercen la participación de los ciudadanos ya sea de forma individual o bien agrupado en organizaciones de defensa de intereses sociales. Por lo tanto, la Conferencia se alza como un instrumento complementario del órgano europeo parlamentario -Parlamento Europeo- y, además, sin perder de vista que en Europa para la toma de decisiones política tan bien cuenta la posición del Consejo y el Consejo Europeo.

Dicho lo anterior, que sin duda rebaja las expectativas que sobre la Conferencia se puedan haber puesto, lo cierto que la gestión de la crisis del Covid-19 ha sido notablemente distinta a la de otras crisis: como ya decíamos en la respuesta a la pregunta anterior, en la crisis de 2008 la solución vino de la mano del intergubernamentalismo, en 2020 las medidas se han tomado de acuerdo al método comunitario. Es decir, una de las novedades de esta crisis es que ha reforzado notablemente a las instituciones europeas que son las que gestionan los ingentes recursos con los que se pretende salir de la crisis y reformar nuestro modelo económico. En este contexto, la Conferencia puede llegar a ser un fuerte apoyo de esas instituciones -principalmente la Comisión- para que el debate sobre el futuro de la gobernanza económica que se ha inagurado con la Comunicación de 19 de octubre de 2021 transcurra por los derroteros de los intereses comunitarios.

PAOLO BIANCHI

Si tratta di uno strumento che combina l'intento di promuovere la partecipazione popolare alla riforma delle istituzioni, con un'evidente funzione propagandistica.

Qualche parola merita la delimitazione delle aree di interesse e degli obiettivi. Non è chiaro, a parte l'abuso di una terminologia tanto in voga quanto vacua e irritante, cosa significhi voler «costruire un'Europa più resiliente». La Dichiarazione comune che apre i lavori è un campionario di questioni di estrema importanza e di ardua, se non impossibile, soluzione, nel quale possiamo trovare di tutto: il futuro delle istituzioni europee insieme a problemi di definizione e di tutela dei diritti; la transizione ecologica del sistema produttivo accanto alle migrazioni. Si prospetta – e i risultati confermano – un dibattito sostanzialmente aperto a tutto lo scibile umano, dal quale potranno ricavarsi proposte orientate nelle direzioni più varie, oltre che potenzialmente contraddittorie tra loro.

Questo genere di iniziative, in sé positive, dipende di solito, non tanto dalle disposizioni che ne regolano il funzionamento e stabiliscono gli effetti delle risoluzioni che ne scaturiscono, quanto dallo spirito che le accompagna. In altri termini: che cosa si aspettano le istituzioni europee e gli stati membri dalla consultazione? Che uso intendono fare delle proposte che emergeranno?

Le risposte a queste domande sono collocate al di là dell'orizzonte degli eventi, perché l'art. 23 del regolamento interno della Conferenza recita: «Il risultato finale della Conferenza sarà presentato in una relazione destinata alla presidenza congiunta. Le tre istituzioni esamineranno rapidamente come dare un seguito efficace a tale relazione,

ciascuna nell'ambito delle proprie competenze e conformemente ai trattati».
Quindi, nel maggio 2022, dopo un anno di dibattiti, gli organi dell'Unione riprenderanno il controllo e ripartirà in altra sede il dibattito appena concluso, per produrre atti che, se dovessero tradursi in modifiche dei trattati, si concentrerebbero nel Consiglio e nelle relazioni intergovernative informali. Sarà solo a quel punto, se mai ci arriveremo, che potremo valutare il peso della consultazione.

Per adesso possiamo rilevare che il *forum* non è stato oggetto di vasta pubblicizzazione, tanto è vero che dall'ultima rilevazione risulta che la metà dei partecipanti siano giovani laureati, in un quadro generale che mostra pochi contributi (è in testa la Germania con poco più di 4.000, l'Italia, quarta, ne ha prodotti 1.227), ove rapportati a mezzo miliardo di cittadini. Gli argomenti più trattati sono quelli relativi al processo di democratizzazione dell'Unione e già questo dovrebbe suonare come un chiaro segnale. I temi controversi, naturalmente, restano tali anche nel dibattito: se ad es. andiamo a vedere quello sull'immigrazione, ritroviamo l'ampio spettro di posizioni riflesso dall'opinione pubblica.

Le questioni poste torneranno inevitabilmente indietro, segnalando il problema di fondo intorno al quale si avvolge da decenni l'Unione: compito della politica in primo luogo, delle istituzioni – statali ed europee – in secondo luogo, non è proporre sedi di discussione e redigere ponderosi documenti di sintesi. La ricognizione dei bisogni è semmai la premessa dell'attività politica a ogni livello. Ad essa dovrebbe seguire la funzione più importante della politica, la sintesi e l'elaborazione di indirizzi, sui quali i cittadini convergeranno (o meno).

Riassumendo, se la Conferenza è stata *presa sul serio*, da un lato segnala ancora una volta la siderale distanza tra le istituzioni e i cittadini, dall'altro impiegheremo un anno per tornare al punto di partenza, ottenendo un nuovo elenco di problemi da ordinare, al fine di formulare proposte e orientare l'azione europea verso la loro soluzione.

L'alternativa purtroppo è ancor meno soddisfacente, perché una consultazione non presa sul serio potrebbe servire solo a trascorrere un altro anno inutilmente (ma non c'è più tempo), oppure a legittimare in modo plebiscitario scelte già fatte *altrove*. Gli effetti in termini di *deficit* democratico dell'Unione sarebbero probabilmente irreversibili.

VINCENZO CASAMASSIMA

L'idea della convocazione di «una Conferenza per l'Europa al fine di proporre tutti i cambiamenti necessari al nostro progetto politico, senza tabù, neanche quello della revisione dei trattati», avanzata dal Presidente francese Macron in una lettera aperta ai cittadini europei del 4 marzo 2019, intitolata «Per un Rinascimento europeo», è stata fatta propria dalle istituzioni dell'Unione, ponendosi alla base del lancio della «Conferenza sul futuro dell'Europa». Un lancio che, dopo un rinvio causato dall'emergenza pandemica, è avvenuto con una Dichiarazione comune del 10 marzo 2021 dei Presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione

europea. Si tratta, volendo usare le parole dell'appena citata Dichiarazione di «un processo "dal basso verso l'alto", incentrato sui cittadini, che consente agli europei di esprimere la loro opinione su ciò che si aspettano dall'Unione europea» e che «conferirà ai cittadini un ruolo più incisivo nella definizione delle future politiche e ambizioni dell'Unione, di cui migliorerà la resilienza».

L'articolazione della Conferenza si presenta come «un compromesso tra concezioni di democrazia in competizione – da un lato quella della democrazia partecipativa dal basso verso l'alto, e dall'altro lato quello di una democrazia rappresentativa, guidata dalle élites» [F. FABBRINI, *La Conferenza sul Futuro dell'Europa: potenzialità e problematiche*, Centro Studi sul Federalismo, Research Paper, giugno 2021, 12]. Essa infatti, per un verso, contempla il ricorso a strumenti, quali la piattaforma digitale multilingue e i panel di cittadini, in cui trova più chiara espressione l'istanza partecipativa (attraverso la raccolta di idee formulabili da singoli cittadini o organizzazioni e la formulazione di proposte rivolte alle istituzioni delle Unioni); per un altro, prevede la presenza di organi come il Comitato esecutivo, costituito da una rappresentanza paritaria del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione europea, nei quali trovano espressione, in vario modo, istanze riferibili al versante rappresentativo-istituzionale del funzionamento di un sistema democratico; infine, contempla la presenza di una Sessione plenaria, la cui composizione è espressiva di una combinazione di una pluralità di istanze, essendo costituita, tra l'altro, da rappresentanti di diverse istituzioni dell'Unione, insieme a rappresentanti dei parlamenti nazionali, di autonomie locali, di parti sociali, della società civile e di panel di cittadini (per un totale di 449 membri).

Al fine di rispondere alla domanda rivolta ai partecipanti al Forum, tenute presenti le sopra accennate caratteristiche strutturali della Conferenza, è opportuno concentrare l'attenzione soprattutto su due aspetti essenziali, tra loro per molti versi correlati: i temi che saranno oggetto dell'attività della Conferenza e la sua «missione costituzionale» (come la definisce F. Fabbrini), cui si correla il possibile "seguito" della Conferenza stessa.

In riferimento al primo versante, la Dichiarazione comune afferma che oggetto di discussione saranno «la costruzione di un continente sano, la lotta contro i cambiamenti climatici e le sfide ambientali, un'economia al servizio delle persone, l'equità sociale, l'uguaglianza e la solidarietà intergenerazionale, la trasformazione digitale dell'Europa, i diritti e valori europei, tra cui lo Stato di diritto, le sfide migratorie, la sicurezza, il ruolo dell'UE nel mondo, le fondamenta democratiche dell'Unione e come rafforzare i processi democratici che governano l'Unione europea», insieme a «questioni trasversali connesse alla capacità dell'UE di realizzare le priorità politiche, tra cui legiferare meglio, l'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, l'attuazione e applicazione dell'acquis e la trasparenza». Si precisa inoltre che non si tratta di un elenco chiuso, ma che «i cittadini restano liberi di sollevare ulteriori questioni che li riguardano». Se consideriamo quanto qui maggiormente interessa, cioè il ruolo che la Conferenza potrebbe svolgere in ordine al rafforzamento della dimensione sociale dell'Unione, si fanno notare, tra gli altri, in modo particolare i riferimenti a

«un'economia al servizio delle persone» e all'«equità sociale» (oltre che quello, più generico, ai «diritti e valori europei»), a cui si possono aggiungere quelli ai temi ambientali e all'uguaglianza e solidarietà intergenerazionali. Si tratta senz'altro di riferimenti apprezzabili. Come è stato fatto, però, notare, «l'identificazione di questi argomenti di dibattito, ad ogni modo, non è accompagnata […] dall'individuazione di precisi ambiti di intervento, così come definiti dalle norme del diritto europeo primario o secondario», configurandosi così la partecipazione soprattutto come «un esercizio dialogico e argomentativo, il quale non pretende di intervenire, immediatamente o mediatamente, su puntuali ambiti normativi» [G. ROMEO, *La Conferenza sul futuro dell'Europa e la comunità politica dell'Unione che (ancora) non c'è*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2021, 702].

L'elevato tasso di generalità concernente la definizione degli ambiti è in buona parte il riflesso dell'ambiguità della Dichiarazione comune in ordine al mandato della Conferenza [così F. FABBRINI, *op. cit.*, 9 e, analogamente, F. MARTINES, *La Conferenza sul futuro dell'Europa: uno strumento innovativo di partecipazione democratica per rafforzare la legittimità dell'Unione?*, in *POST di AISDUE*, III, 2021, Focus "Conferenza sul futuro dell'Europa", 2, 29 luglio 2021, 26]. Il risultato finale della Conferenza consisterà infatti – e così si volge lo sguardo al secondo dei due versanti più sopra indicati, cioè al possibile "seguito" – in una relazione, contenente la formulazione di «raccomandazioni», affermandosi nella Dichiarazione che «le tre istituzioni esamineranno rapidamente come dare un seguito efficace a tale relazione, ciascuna nell'ambito delle proprie competenze e conformemente ai trattati». Nonostante sia da parte del Parlamento europeo, sia da parte di alcuni Stati membri si fosse spinto verso la previsione di un esplicito riferimento alla revisione dei trattati come possibile seguito dei lavori della Conferenza, nel testo della Dichiarazione è stato accolto un approccio più cauto, evitandosi espressi richiami ad un seguito, pur solamente prospettato, di rilievo "costituzionale", a differenza di quanto fatto, per esempio, nella Dichiarazione di Laeken del 2001, alla base del processo che aveva poi condotto all'adozione (non seguita dall'entrata in vigore) del "Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa".

Non si può naturalmente escludere (anzi, si deve senz'altro auspicare) che, qualora i temi "sociali" dovessero occupare ampio spazio nell'ambito delle proposte formulate dalla Conferenza, ciò possa rafforzare la spinta favorevole ad un'espansione e a un arricchimento della dimensione sociale dell'Unione, sulla scia di quanto, pur non senza limiti, è stato in vario modo fatto nel corso degli ultimi due anni. Si tratterebbe del tipo di contributo che ci si può più ragionevolmente aspettare dall'attività della Conferenza. Peraltro, sebbene tale possibilità non sia espressamente richiamata nella Dichiarazione comune, modifiche ai trattati, anche orientate nella direzione appena indicata, potrebbero, cionondimeno, emergere, in maniera più o meno netta, come oggetto di raccomandazioni formulate dalla Conferenza. A ciò dovrebbe certamente riconoscersi, nel caso, un significato politico non trascurabile, in vista del consolidamento di orientamenti già ben presenti nel dibattito politico-istituzionale che si svolge (anche) all'interno delle istituzioni dell'Unione, ferma restando naturalmente la difficoltà, (anche) per proposte di revisione dei trattati scaturite dai lavori della

Conferenza, di superare lo scoglio della necessaria ratifica unanime da parte di tutti gli Stati dell'Unione.

Come via di uscita da un *impasse* in grado di rendere impossibili cambiamenti rilevanti rispetto allo *status quo*, è stato prospettato [da F. FABBRINI, *op. cit.*, 19-20] il ricorso alla stipula, da parte di un certo numero di Stati membri, di un trattato internazionale, del quale la Conferenza potrebbe assumersi di fatto funzioni redigenti, sul modello di quanto, come è noto, avvenuto già in altre occasioni. Il riferimento è a casi come quello del c.d. *Fiscal Compact*, formulazione che è stata presa a modello per indicare la prospettiva della stipula di un *Political Compact* chiamato a fornire consistenza giuridica, se pure con riferimento soltanto agli Stati firmatari, ai risultati dei lavori della Conferenza.

Se pare non risultare agevolmente perseguibile per questa strada l'obiettivo di introdurre «riforme strutturali dell'assetto costituzionale dell'UE» [come invece ritenuto possibile da F. FABBRINI, *op. cit.*, 19], in ragione dei vincoli desumibili dall'operatività del principio del primato del diritto dell'Unione, a cominciare naturalmente dalle norme dei trattati [come notato da B. DE WITTE, *Overcoming the Single Country Veto in EU Reform?*, in *European Papers*, vol. 5, 2/2020, 985, il quale ricorda che «*it has always been clear that a group of EU States cannot resort to the conclusion of a separate* inter se *treaty in order to escape from their obligations under EU law*»], non si può escludere, almeno in via teorica, la stipula di trattati internazionali che, traendo ispirazione dai risultati dei lavori della Conferenza, concernano specifici settori, tra cui proprio quello della politica sociale [B. DE WITTE, *op. cit.*, 987, rileva che, non sembrando in materia praticabile la via della "cooperazione rafforzata" interna al campo del diritto euro-unitario, in quanto interventi incisivi rischierebbero facilmente di esorbitare dall'ambito delle competenze dell'Unione, «*the conclusion of a separate international agreement by "socially minded" States would be the only available option*»].

ANDREA GUAZZAROTTI

Temo che la Conferenza sul futuro dell'Europa costituisca più un esercizio di marketing, che di autentica democrazia partecipativa. Si tratta di una procedura di consultazione "multilivello" che ricorda un poco l'"azione parallela" di cui parla Musil ne "L'uomo senza qualità": più un'autocelebrazione dell'UE e delle sue virtù partecipative, che un effettivo coinvolgimento dell'opinione pubblica europea nelle scelte decisionali di lungo periodo delle istituzioni europee.

I lavori della Conferenza, e in particolare quelli dell'Assemblea plenaria della Conferenza, sono coordinati dal Comitato esecutivo, un organo presieduto da un membro di lungo corso del PE (Guy Verhofstadt), da una Sottosegretaria di Stato del Governo portoghese indicata dal Consiglio dell'UE (Ana Paula Zacarias) e dalla vicepresidente croata della Commissione (Duvravka Šuica) e il Comitato esecutivo stesso è comporto da un mix di rappresentanti del PE, del Consiglio e della

Commissione, con l'aggiunta dei presidenti della COSAC e dei rappresentanti delle parti sociali, in qualità di osservatori. Al Comitato esecutivo, che ha redatto il regolamento dell'Assemblea plenaria della Conferenza, spetta l'approvazione per consenso delle decisioni sui lavori della Conferenza e della pubblicazione delle conclusioni di quest'ultima. Non è dato capire sulla base di quale investitura popolare tale Comitato esecutivo eserciti prerogative teoricamente così importanti, se non nell'ottica di un esercizio di potere più fittizio che reale. I 108 rappresentanti dei cittadini, con una quota riservata ai giovani sotto i 25 anni, presenti nell'Assemblea plenaria difficilmente potranno considerarsi effettivamente rappresentativi della cittadinanza europea: da chi e come sono stati selezionati?

In assenza di autentici partiti europei che possano fungere da cinghia di trasmissione tra cittadini politicamente attivi e istituzioni europee, queste ultime hanno deciso di fare ricorso alla tecnologia, istituendo una piattaforma digitale multilingue in cui vengono organizzati panel europei di cittadini. Un'ulteriore iniezione di partecipazione "ottriata" la si ottiene dai quattro panel di cittadini europei, sorteggiati in modo da rispettare sia la ripartizione per stati dei seggi del PE, sia la rappresentanza di genere, nonché quella giovanile (un terzo di giovani sotto i 25 anni).

A conferma di quanto poco "dal basso" sia la procedura di consultazione sta il dato per cui il coordinamento degli interventi relativi alla partecipazione italiana alla Conferenza viene effettuato da un Comitato scientifico di nomina governativa [https://www.politicheeuropee.gov.it/it/conferenza-sul-futuro-delleuropa/comitato-scientifico/].

Parallelamente alla Conferenza sul futuro dell'Europa, la Commissione ha lanciato una consultazione sul dibattito pubblico sulla riforma della governance economica europea. Sebbene meno elefantiaca della Conferenza, tale consultazione sembra riprodurre, in piccolo, gli stessi connotati di "partecipazione ottriata". Essa si avvale di un format online, ove le domande cui rispondere sono predefinite e valgono a pre-orientare il dibattito sulle regole fiscali da riformare, escludendo in partenza visioni alternative all'attuale architettura di Maastricht [C. CLERICETTI, *Come cambiare le regole europee*, in *Micromega*, 3 dicembre 2021]. In apparenza, la partecipazione a tale dibattito è aperta a tutti [https://ec.europa.eu/eusurvey/runner/Public-debate-on-the-review-of-the-EU-economic-governance]: i flag disponibili nel comporre il proprio messaggio comprendono "cittadini europei" e "non europei", "istituzioni universitarie e di ricerca" e "think tank", nonché "sindacati e organizzazioni datoriali", "NGO" e "associazioni di consumatori e ambientaliste". Ma nel menu a tendina compaiono anche, con qualche senso dell'ironia, "Ministro delle finanze", "Banca centrale", "Parlamento nazionale"…

Più che amorevoli sollecitazioni di partecipazione "dal basso" dalla Commissione (e dalle altre istituzioni europee), sarebbe opportuno pretendere che Bruxelles risponda del motivo per cui un dato cruciale come il calcolo del "deficit strutturale" sia avvenuto con modalità tanto tendenziose quanto quelle dell'*out gap* basato sulla nozione antikeynesiana di "disoccupazione strutturale" [O. CHESSA, *Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Napoli, 2016,

409 ss.], e del perché non si sia mai dato seguito alle richieste politiche di revisione di tale dato avvenute nel passato (nel Consiglio europeo di Amsterdam del 23 aprile 2016 e con le lettere alla Commissione dei Ministri economici di Italia, Spagna, Portogallo e Francia del 4 maggio 2017).

Perché, se anche dalla Conferenza sul futuro dell'Europa emergessero parole chiave come "più Europa sociale", o simili, senza un bilancio federale, i diritti sociali e dei lavoratori continueranno a dipendere dalle politiche fiscali dei Singoli Stati membri. Se il controllo su queste ultime continuerà a essere svolto con logiche neoliberali, poggianti su dottrine economiche antikeynesiane mai empiricamente provate, a poco servirà l'ennesima dichiarazione di principio delle Istituzioni europee sull'importanza dei diritti sociali nel mercato.

CRISTINA LUZZI

La "Conferenza sul futuro dell'Europa", inaugurata a maggio 2021 dai Presidenti del Consiglio, della Commissione e del Parlamento europeo, intende promuovere l'iniziativa e la partecipazione dei cittadini europei nell'attività di definizione delle strategie dell'Unione stessa in alcuni ambiti quali la garanzia dello Stato diritto, il cambiamento climatico e la transizione digitale, le migrazioni, nonché, non da ultime, la tutela della salute, la giustizia sociale e l'occupazione.

Attraverso una procedura partecipativa modulata su più e diverse fasi che includono l'iniziativa di cittadini, accademici e organizzazioni della società civile; la sintesi delle opinioni espresse da questi ultimi e la loro preliminare discussione nei cosiddetti *Panels* e infine nelle sessioni plenarie; si dovrebbe giungere entro la primavera del 2022 a una serie di raccomandazioni e orientamenti -negli ambiti poc'anzi individuati- direttamente riconducibili alla volontà della società civile europea.

Ora, prescindendo dagli interrogativi che, in generale, sollevano i meccanismi di democrazia partecipativa i quali condurrebbero da subito a interrogarsi sull'identità della cosiddetta "società civile"; limitandosi, in questa sede, a chiedersi se tali forme di partecipazione possano avere un peso nella costruzione di un futuro più sociale dell'Europa, a Conferenza sul futuro dell' Europa ancora in corso, può essere utile osservare come -e se- in altri casi, la partecipazione della società civile ai processi decisionali dell'Unione abbia effettivamente giocato un ruolo nella definizione delle politiche poi promosse dalle istituzione dell'Unione tra gli Stati membri.

Si sceglie, dunque, di prendere in considerazione, a titolo esemplificativo, il *soft law making process* avviato con la pubblicazione del Libro verde «*Modernizzare il diritto del lavoro per affrontare le sfide del XXI secolo*» e conclusosi con l'approvazione degli Orientamenti per l'occupazione del 2007 con i quali, per la prima volta, il Consiglio ha esortato gli Stati membri a flessibilizzare, secondo i principi della flessicurezza, i rapporti di lavoro. Rimasta a lungo tra le strategie più pervasive proposte dal Consiglio per superare la segmentazione del mercato del lavoro, e scomparsa solo da qualche anno dagli Orientamenti per l'occupazione, la *flexicurity* era in realtà stata

fortemente avversata durante la fase di consultazione da parte dei governi degli Stati membri (tra i quali anche quello italiano), delle parti sociali, dei magistrati e, nel complesso, degli esperti e degli interessati, spontaneamente intervenuti in seguito alla pubblicazione del Libro Verde. In generale, tali soggetti dubitavano della neutralizzazione dell'asimmetria della relazione lavorativa insita nella stessa flessicurezza, nonché della compatibilità di tale strategia con i dettami della Carta sociale europea e, soprattutto, della Carta di Nizza, spesso trascurata -non solo in materia occupazionale- nelle procedure intergovernative dalle quali scaturiscono gli atti di *soft law* [cfr. sul punto R. CALVANO, *Il diritto dovere all'istruzione*, in F. MARONE (a cura di), *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale? Atti del Seminario del 19 ottobre 2018 all'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli*, Napoli, 2019, 125 ss.]; di tale dissenso, tuttavia, nella formulazione finale degli Orientamenti per l'occupazione del 2007 e in quelli successivi non si rinviene traccia.

Pur essendo consapevoli che tale vicenda non possa essere assunta a regola generale -tantopiù che gli orientamenti frutto della Convenzione sul futuro dell'Europa dovrebbero svolgere un ruolo distinto di mero impulso dell'azione legislativa dell'Unione per quanto non assimilabili né alla petizione né all'iniziativa legislativa- si sceglie di menzionarla perché particolarmente indicativa di un dato. Del fatto cioè che i meccanismi di democrazia deliberativa, pur muovendo da un intento pregevole quale l'incremento della partecipazione dei cittadini alle scelte politiche dell'Unione, possono talvolta rivelarsi insufficienti, se non addirittura controproducenti in un'ottica di costruzione del consenso intorno alle scelte politiche dell'Unione, laddove non prevedano la reale considerazione che richiede l'espressione di ogni posizione, anche di quella più minoritaria o dissonante.

Ciò non deve condurre alla svalutazione automatica del rendimento democratico della "Conferenza sul futuro dell'Europa" e dei suoi risultati, di cui sarà invece necessario apprezzare gli sviluppi anche tenendo in conto il timore manifestato dagli stessi partecipanti che i lavori della Conferenza non abbiano poi alcun seguito [cfr. sul punto la Relazione sulle attività marzo-giugno 2021 consultabile alla pagina *futureu.europa.eu*]; ma semmai a evitare la mistificazione dello strumento già avvenuta in dottrina [in tal senso, A. VON BOGDANDY, *La nostra società europea e la sua Conferenza sul futuro dell'Europa*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2021, 699 ss.], apparendo più prudente ad oggi riconoscere alla "Conferenza sul futuro dell'Europa" una funzione prima che "trasformativa" innanzitutto conoscitiva, per quanto certamente non esaustiva, delle istanze anche sociali di parte (perlomeno) della cittadinanza europea [cfr. G. ROMEO, *La Conferenza sul futuro dell'Europa e la comunità politica dell'Unione che (ancora) non c'è*, in *Id*., 701 ss.].

SIMONE MARINAI

La Conferenza sul futuro dell'Europa, inaugurata il 9 maggio 2021, si pone come nuovo modello per discutere gli sviluppi del processo di integrazione europea.

All'interno della Dichiarazione congiunta adottata in tale data dai Presidenti di Commissione, Parlamento europeo e Consiglio dell'UE, sono stati indicati, tra i temi che potranno essere oggetto delle discussioni portate avanti nell'ambito della Conferenza, anche l'equità sociale, l'uguaglianza e la solidarietà intergenerazionale, i diritti ed i valori europei, le fondamenta democratiche dell'Unione europea.

Tra i *panel* di cittadini dell'Unione europea che sono stati convocati a partire dal settembre scorso, uno in particolare riguarda, tra l'altro, anche la giustizia sociale e l'occupazione (la denominazione completa del *panel* è "Un'economia più forte, giustizia sociale e occupazione / Istruzione, cultura, gioventù e sport / Trasformazione digitale"). Il *panel* in questione, dopo essersi riunito in una prima sessione tra il 17 ed il 19 settembre ed in una seconda sessione tra il 5 ed il 7 novembre, è chiamato, al termine dei suoi lavori, a formulare raccomandazioni che verranno presentate e discusse nella Conferenza plenaria. I temi che fin qui sono stati dibattuti in seno al *panel* sono vari. Con riferimento al Piano di azione dell'UE in materia di diritti sociali, è stata ad esempio discussa l'opportunità di attribuire al Piano medesimo carattere giuridicamente vincolante per gli Stati membri, di favorire una maggiore informazione tra i cittadini in materia, di compiere ulteriori passi in avanti in funzione della realizzazione di una piena eguaglianza di genere, anche quanto alla parità di retribuzione, di garantire pari opportunità a prescindere dal sesso e dall'orientamento sessuale, dalla religione, dalla disabilità [v. Conference on the Future of Europe, *European Citizens' Panel 1: "Stronger economy, social justice and jobs / Education, culture, youth and sport / Digital transformation"*, Report: Panel 1, session 2, 5-7 November 2021, p. 8].

Entro la primavera del 2022 la Conferenza è chiamata a concludere i propri lavori elaborando una relazione contenente raccomandazioni in vista delle future azioni dell'UE. Spetterà poi alle istituzioni dell'Unione decidere se e come darvi seguito, ciascuna nell'ambito delle rispettive competenze e conformemente ai Trattati istitutivi.

Si tratta, senz'altro, di un innovativo esperimento di democrazia partecipativa che non può che essere accolto con favore. Ancora tutti da decifrare sono, però, gli esiti concreti che è lecito attendersi dai lavori attualmente in corso. Quello che è certo è che la Conferenza non potrà condurre direttamente ad una revisione dei Trattati e, di conseguenza, non potrà comportare un ampliamento delle competenze dell'Unione in materia di politica sociale. Ciò non toglie, però, che riforme in tal senso possano essere comunque auspicate dalla Conferenza, per poi essere sottoposte alle procedure di revisione dei Trattati disciplinate dall'art. 48 TUE.

EDMONDO MOSTACCI

La conferenza sul futuro dell'Europa è un'iniziativa lodevole, ma alquanto deficitaria, che riflette appieno quei "difetti di origine" a cui si è accennato in occasione della prima questione.

Scendendo in maggiore dettaglio, in primo luogo appare deficitaria nel suo raggio di azione. Il cammino del costituzionalismo, dalla rivoluzione inglese in avanti,

dimostra che la struttura istituzionale conta e che un *bill of rights* senza *frame of government* rischia di essere una vana elencazione di dichiarazioni di principio [v. ad es. G.G. FLORIDIA, *La costituzione dei moderni. Profili tecnici di storia costituzionale*, Torino, 1991]. Ciò a dire che, in assenza di una revisione significativa della struttura competitiva dell'UE, e in particolare dell'UEM – con tutto ciò che comporta in termini di riscrittura di porzioni significative del diritto primario europeo –, la definizione di politiche sociali più incisive, fondamentalmente demandate quanto all'attuazione agli Stati membri posta la dimensione asfittica del bilancio unionale, appare condannata al fallimento. Al più, potranno efficacemente perseguirsi quelle politiche che riescono ad un tempo a perseguire obiettivi sociali e a migliorare il funzionamento del mercato interno; ma si tratta di un novero di azioni assai limitato.

In altri termini, senza un ripensamento della struttura complessiva, le diverse proposte – pur interessanti e positive, avanzate in seno alla conferenza – non riusciranno a tradursi in politiche sociali efficaci, in grado di mutare significativamente lo *status quo*.

Il secondo elemento critico concerne il tipo di partecipazione che questo genere di iniziative produce, eccessivamente limitato ad élite modernizzanti tendenzialmente favorevoli al progetto europeo per come esso si è sviluppato sino a questo momento. Al contrario, i gruppi sociali che sono stati maggiormente sfavoriti dalle dinamiche innescate dal processo di integrazione – con le sue caratteristiche effettive – tendono a rimanere ai margini o, addirittura, a ignorare la conferenza di cui si discute.

Ciò ha due conseguenze di grande importanza. La prima riguarda il mancato apporto: una riflessione sul futuro dell'Europa, per essere un utile strumento di miglioramento dello *status quo* – dovrebbe giovarsi proprio dell'opinione di chi, per sensibilità e per posizionamento sociale, appare oggi più critico rispetto al processo di integrazione. La seconda concerne invece la funzione legittimante: è infatti chiaro che l'attitudine legittimante di questo genere di iniziative è tanto maggiore quanto più è vario e diversificato l'universo dei partecipanti.

Quanto sopra non vuole certo negare qualsivoglia utilità alla Conferenza sul futuro dell'Europa: già da un veloce sguardo delle proposte avanzate in tale sede [alcuni documenti di sintesi sono disponibili all'*url*: futureu.europa.eu/pages/reporting] emerge una sensibilità (anche) verso tematiche di carattere sociale decisamente maggiore rispetto al passato. Al contempo, iniziative consimili contribuiscono a rafforzare la consapevolezza circa la necessità di dare più pieno sviluppo a quegli elementi che già connotano il sistema europeo e che possono avere un impatto positivo dal punto di vista delle politiche sociali. Ciò nonostante, la complessiva struttura istituzionale europea, con quel duplice movimento di cui si è detto sopra, limita in modo significativo la possibilità di disegnare e di perseguire concretamente politiche volte a promuovere l'emancipazione e il pieno sviluppo della persona, le quali implicano processi definitori di carattere *bottom-up* e, soprattutto, la possibilità di funzionalizzare il sistema economico alle finalità dello sviluppo sociale.

CLAUDIO PANZERA

I temi su cui la Conferenza è chiamata a discutere coincidono in parte con quelli oggetto del *Next Generation EU*, ma la finalità dell'iniziativa promossa il 5 marzo scorso con la Dichiarazione comune dei presidenti di Parlamento, Consiglio e Commissione UE trascende l'ambito del programma di ripresa e resilienza.

La Conferenza sul futuro dell'Europa rappresenta, infatti, un esperimento democratico-partecipativo "allargato" relativamente inedito, anche considerando l'esperienza della Convenzione chiamata vent'anni fa a preparare la riforma istituzionale dell'Unione (esitata poi nel Trattato-Costituzione del 2004). Rispetto a quel precedente, il processo avviato presenta altri obiettivi e strumenti a disposizione: non mira, almeno direttamente, a una riforma dei Trattati né vi è associato un mandato giuridicamente vincolante per le istituzioni proponenti ad agire di conseguenza, benché queste si siano assunte l'impegno di «ascoltare gli europei» e «dare seguito», nei limiti delle rispettive competenze, «alle raccomandazioni formulate dalla conferenza».

Scopo della Conferenza è aprire «un nuovo spazio di discussione con i cittadini per affrontare le sfide e le priorità dell'Europa», sperimentando forme di coinvolgimento diretto diverse da quelle disciplinate dal diritto primario (iniziativa "legislativa" dei cittadini e diritto di petizione), mediante l'utilizzo di strumenti poco formalizzati quali: una piattaforma digitale multilingue ad accesso generalizzato, dove presentare e discutere idee e proposte; *panels* di cittadini organizzati a vari livelli (europeo, transnazionale, nazionale e regionale), chiamati a discutere e sintetizzare le varie proposte in raccomandazioni per la Conferenza; incontri e iniziative spontaneamente promosse dal basso (individui, associazioni, enti); sessioni plenarie semestrali della Conferenza (formata da rappresentanti delle istituzioni europee, dei parlamenti nazionali, dei *panels* europei di cittadini, del Comitato delle regioni, del Comitato economico e sociale, delle parti sociali e della società civile) ove i temi proposti e le raccomandazioni formulate vengono discusse «senza un esito prestabilito» o limiti materiali di intervento.

Benché manchino, come si diceva, chiare indicazioni sul modo in cui la sintesi elaborata dalla Conferenza al termine del proprio mandato (primavera del 2022) verrà tradotta in iniziative concrete (la Dichiarazione congiunta afferma solo che «Le tre istituzioni esamineranno rapidamente come dare un seguito efficace a tale relazione, ciascuna nell'ambito delle proprie competenze e conformemente ai trattati»), vi sono tuttavia alcune ragioni per valutare positivamente quanto si è inteso sperimentare.

La prima è di natura simbolica. Promuovendo un dibattito pubblico, trasparente e diffuso – facilitato dalla piattaforma interattiva e dalla libera organizzazione di eventi/incontri in presenza, filtrato dai *panels* di cittadini e infine portato a sintesi nella relazione finale della Conferenza – si sperimenta a livello *europeo* un dialogo orizzontale e diretto fra cittadini *europei* sui temi che, secondo loro, dovrebbero occupare l'agenda politica *europea*. Naturalmente, ciò non basta per affermare l'esistenza di un'opinione pubblica europea e men che meno di un primitivo *demos* europeo; ma iniziative del genere potrebbero contribuire nel tempo a consolidare,

mediante processi comunicativi di natura democratica, l'*idem sentire* necessario a forgiare quegli elementi, oltre che servire nell'immediato ad "avvicinare" l'Unione ai suoi cittadini.

La seconda ragione riguarda i contenuti del dibattito. La scelta è stata quella di offrire una griglia di tematiche ampie e trasversali che riflettesse anzitutto gli interessi principali dell'agenda strategica del Consiglio europeo, degli orientamenti 2019-2024 della Commissione e soprattutto dell'attuale fase pandemica legata alle risorse del *Next Generation EU* (salute e ambiente, cambiamento climatico, economia al servizio delle persone, uguaglianza, equità sociale e solidarietà intergenerazionale, digitalizzazione). Per tale aspetto, il dibattito potrebbe favorire l'emersione di proposte "comuni" per la futura normativa europea anche al di là delle inevitabili differenze tra i Piani nazionali presentati dai Governi interessati al *Recovery*. Fanno poi parte dell'agenda questioni risalenti del funzionamento dell'Unione (migliore legiferazione, rafforzamento processi democratici, attuazione dell'*acquis*, applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità) e ambiti generali attinenti alla sua azione esterna (diritti e valori europei, sfide migratorie, sicurezza, geopolitica internazionale). L'ambito delle discussioni e proposte dovrebbe mantenersi nei limiti dei settori in cui l'Unione esercita una competenza «o» (si noti la disgiunzione) la sua azione «sarebbe stata vantaggiosa per i cittadini europei». Dunque, sembra di capire, vi sarebbe spazio per proposte *de iure condendo*. Infine, i partecipanti restano liberi di sollevare qualunque altra questione che li riguardi e sia di loro interesse.

Non mi preoccuperei, in questa fase, dei dati sulla partecipazione effettiva, che sarebbe sotto le aspettative (al momento in cui si scrive è stata superata la soglia delle 40.000 registrazioni sulla piattaforma, mentre gli eventi in presenza/virtuali organizzati sono stati finora più di 4.600 con oltre 337.000 partecipanti). La presentazione di proposte chiare e concretamente perseguibili da parte della Conferenza e l'impegno con cui le istituzioni proponenti prenderanno sul serio quanto raccomandato dai cittadini, traducendoli in processi normativi e/o di riforma istituzionale, saranno prova dell'utilità dell'esperimento intrapreso e potranno offrire valide ragioni per una più ampia partecipazione in future occasioni.

FIAMMETTA SALMONI

Penso che la Conferenza sul futuro dell'Europa sia una sorta di grande manifestazione digitale utile però soltanto a offrire una parvenza di democraticità alle Istituzioni sovranazionali in particolare, come sappiamo, al Parlamento europeo, al Consiglio e alla Commissione europea. Di fatto però non nutro alcuna aspettativa dalle consultazioni che sono state avviate. Nella Conferenza ciò che peserà non sarà certamente l'opinione dei singoli cittadini che avranno espresso la loro sulle piattaforme dedicate, ma le *lobbies* economico-finanziarie e non solo che, come sappiamo, in UE sono fortissime. Tutta questa enfasi sulla trasformazione *green* e sul digitale sarebbe più credibile se le dichiarazioni sovranazionali non fossero principalmente mirate a

sviluppare tecnologie duali, utili quindi sia ad un uso militare che civile. Penso al nucleare o alla *cybersecurity* ad esempio. Se teniamo conto che in UE si sta procedendo anche ad un rafforzamento della difesa comune non è peregrino pensare che la lotta per il cambiamento climatico e quella per la digitalizzazione estrema siano condotte anche per avere accesso a tecnologie che potranno essere usate pure in ambito militare. Ma anche le esternazioni scritte e non sul mercato del lavoro, che queste tecnologie dovrebbero rendere più qualificato. Se noi pensiamo che la piena occupazione debba essere raggiunta soltanto o soprattutto mediante la iper-qualificazione dei lavoratori stiamo costruendo un futuro sbagliato dove la piena occupazione non sarà mai raggiunta. In Paesi come il nostro, ad esempio, dove il tasso di alfabetizzazione della popolazione è ancora basso, come possiamo pensare di impiegare le persone che non potranno mai qualificarsi con le nuove tecnologie? Per non parlare dei costi che gli Stati membri dovranno affrontare per adeguarsi a tali cambiamenti. Costi a debito, ovviamente, che saranno scandagliate nei minimi dettagli dalle regole sulla *governance* economica europea. Oggi l'Unione ha aperto le consultazioni pubbliche mediante la Conferenza su tutti questi argomenti, ma perché mai la Conferenza dovrebbe sortire risultati degni di nota? Pensiamo solo al fatto, ad esempio, che un singolo contributo non può superare i 1.500 caratteri oppure che non possono essere caricati file in formato pdf dove vengano presentate soluzioni e idee articolate e approfondite. Solo questo basterebbe per farci comprendere che si tratta di un evento mediatico da cui però verranno tratte le conclusioni portate avanti dai gruppi di pressione più forti come è sempre accaduto. Altro discorso sarebbe se davvero in Europa si decidesse di votare per un'Assemblea costituente incaricata di redigere una vera Costituzione europea. Su questo punto, tuttavia (a prescindere dai problemi giuridici irrisolti per cui continuerebbe a mancare un *demos* europeo) personalmente ho perso le speranze. L'Unione, purtroppo, è e sarà sempre un insieme di Stati nazionali che non rinunceranno mai alla loro sovranità per consentire la nascita di un'Europa federale. Gli interessi in gioco sono troppo forti e nessuno vuole rinunciarvi.

ALESSANDRO SOMMA

Come è noto l'Europa soffre di un imponente deficit democratico, particolarmente insidioso nella materia di cui ci siamo finora occupati: sebbene le politiche fiscali e di bilancio spettino agli Stati, la cessione di sovranità in materia monetaria produce notevoli effetti su di esse, con ciò attribuendo a un organo tecnocratico il potere di assumere decisioni un tempo affidate ai parlamenti nazionali. In questa situazione si pensa di attivare una sorta di dialogo aperto su questioni cruciali attribuendo ai più disparati interlocutori la medesima legittimazione a prendervi parte, riconoscendo loro la medesima capacità di orientare le decisioni. Questo rileva però dal mero punto di vista formale, come si intuisce facilmente: dal punto di vista sostanziale assistiamo invero a una sorta di parodia della partecipazione democratica, incapace di produrre esiti ulteriori rispetto a quelli tipici di una operazione di mera facciata.

A un dialogo di questo tipo abbiamo appena fatto riferimento dicendo della riforma del Patto di stabilità e crescita. La consultazione pubblica sulla *governance* economica europea attualmente in corso prevede infatti la partecipazione di una folta schiera di figure a cui si chiede di esplicitare la loro qualifica: semplici "cittadini europei", o "sindacato", o "associazione di consumatori", o ancora "Banca centrale". È peraltro evidente che gli orientamenti espressi da queste figure non avranno le medesime possibilità di influenzare l'azione delle istituzioni europee, che dipenderanno evidentemente da circostanze in nulla e per nulla riconducibili alla grammatica della partecipazione democratica.

È in parte simile, sebbene molto più complessa e articolata, la consultazione avviata con la Conferenza sul futuro dell'Europa, chiamata a discutere di questioni epocali: "Il mondo sta cambiando rapidamente. Come dovrebbe evolversi l'Unione europea per affrontare le nuove sfide? Cosa può rafforzarne la democrazia e prepararla ai prossimi decenni? E l'economia? L'ambiente? La nostra salute?". Il tutto con modalità tali da far emergere il protagonismo dei "cittadini europei" e della "società civile che rappresenta i vostri interessi sul campo a livello locale, regionale, nazionale ed europeo": "Si darà alla popolazione la possibilità di discutere, riflettere e scambiare idee nei panel di cittadini". E l'esito di tutto ciò sarà determinante per lo sviluppo della costruzione europea: "Dopo la consegna delle relazioni conclusive dei lavori, nella primavera del 2022, il Parlamento baserà su quanto riportato l'opera di indirizzo dell'Ue verso priorità focalizzate sui cittadini europei che consentano all'Unione di rispondere alle loro esigenze".

Si potrebbe bollare il tutto come una trovata propagandistica non particolarmente efficace, dal momento che evoca scenari a dir poco irrealistici. E tuttavia ci troviamo di fronte alla declinazione del principio democratico che in ambito europeo va per la maggiore: quella per cui esso rileva in quanto meccanismo deliberativo, nel quale si assicura l'accesso al processo decisionale, non tuttavia la effettiva possibilità di incidere sull'esito di quel processo. Quest'ultima viene promossa dalla democrazia intesa come meccanismo partecipativo, per il quale occorre che i pubblici poteri rimuovano gli ostacoli alla parità: un programma coltivato dal costituzionalismo del dopoguerra, il cui affossamento si annovera tuttavia tra i principali obiettivi del neoliberalismo.

Se pertanto si riconosce l'Unione europea in quanto dispositivo neoliberale, difficilmente si può ritenere che iniziative come la conferenza sul futuro dell'Europa possano produrre i cambiamenti da molti auspicati.

IV Domanda

Guardando invece al cosiddetto "dialogo tra Corti" in materia di diritti sociali, si è avuto prova di come la giurisprudenza della Corte di giustizia (pur con le dovute eccezioni, si pensi a titolo esemplificativo nel panorama nazionale al caso Mascolo) non abbia costituito un argine per le misure di *austerity* sottoposte al suo giudizio e

spesso revocate in dubbio solo dal Comitato europeo dei diritti sociali. In un contesto europeo più attento alla dimensione sociale, ritiene che la Corte di Lussemburgo possa assumere un ruolo diverso? Potrà crescere, inoltre, (almeno in termini di persuasività) l'impatto delle decisioni del CEDS?

ELVIRO ARANDA ÁLVAREZ

Quizás lo primero que hay que recordar, en cuanto a derechos sociales y el TJUE, es una obviedad: dichos derechos no son algo extraño a los Tratados de la Unión Europea. Los derechos relacionados con la igualdad y la solidaridad están regulados en los Capítulos III y IV de la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* que tiene el mismo valor jurídico que el Tratado de Lisboa (art. 6 TUE). Una obviedad más que hay que recordar, es que el incidente procesal de la cuestión prejudicial ha fortalecido a los jueces nacionales -también los constitucionales- para la participación en la interpretación del Derecho Europeo y, en particular, respecto de los derechos económicos y sociales. Luego, este "diálogo de tribunales", en donde también tenemos que tener en cuenta el TEDH y la interpretación del *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (CEDH), ha de servir para una mayor tutela de los derechos sociales. El paso para transitar del reconocimiento de los derechos sociales como una forma de entender correptamente las libertades económicas a reconocer que dichos derechos pueden ser alegados para limitar esas libertades ya ha sido dado por parte de la jurisprudencia del TJUE en más de una ocasión. La cuestión ahora es si se va a mantener o no (v.gr. Asunto *Lavan un Parneri* C-341/05, de 23 de mayo y Asunto *Comisión c Alemania* C-271/08, de 15 de julio)

Por ello, el problema que nos vamos a encontrar con la jurisprudencia del TJUE tiene más que ver con las competencias de la Unión y de los Estados. La crisis financiera de 2008 dió lugar a una *reforma severa* del Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC), además de la aprobación unos años antes de la Directiva de Sercios 123/2006/CE, que ha fortalecido notablemente las políticas neoliberales hasta el punto de avalar la restricción de prestaciones sociales básicas. Recordemos que la Comisión llegó a decir que para que los servicios sociales no se ajusten a las reglas de la competencia debían demostrar que el sistema de asistencia social requiere de un régimen singular. Es más, el propio TJUE en su sentencia de 11 de julio de 2013 (Asunto C-57/12) interpreta que los servicios excluidos del ámbito de la Directiva de Servicios son únicamente los enumerados en el considerando 27 (servicios sociales en el ámbito de la vivienda, atención a niños, apoyo a las familias, personas necesitadas y beneficiencia). Por lo tanto, la cuestión ahora va a ser si esas *reformas severas* que han favorecido la rectricción de prestaciones sociales se corrigen para que la competencia de coordinación de la política económica de la Unión sea más sensible a los derechos sociales de igualdad y solidaridad. El marco "constitucional europeo" de los derechos fundamentales sociales está puesto, las vías jurisdiccionales para su implementación están abiertas, lo que nos falta es corregir el modelo económico de la Unión para que tenga en el sistema la importancia que requiere el valor de justicia social establecido en

los principios fundacionales. Recordemos que el art. 3.3 del TUE hablas de "una economía social de mercado altamente competitiva" y de la creacción de un mercado interior tendente, entre otros objetivos, a la "consecución del pleno empleo y el progreso social" (...) combatir la exclusión social y la discriminación", así como fomentar la justicia y la protecció social.

PAOLO BIANCHI

La tendenza, ampiamente diffusa, a esaltare l'apporto della giurisprudenza all'evoluzione degli ordinamenti, deve sempre tenere conto del contesto giuridico e sociale nel quale essa si sviluppa. Le decisioni giudiziarie partono necessariamente da un quadro normativo definito, rispetto al quale possono reinterpretare un principio, estendere in via analogica la portata di una regola, possono includere una categoria discriminata o valutare la ragionevolezza di una soluzione legislativa. Non possiamo però chiedere alla giurisprudenza l'innovazione sociale e normativa. Il giudice riconduce il sistema alla razionalità rispetto ai valori condivisi, colmando eventuali lacune in un disegno che ad altri (genericamente, alla politica) compete di tracciare. Può evocare un sistema, per così dire, più elevato rispetto all'ordinamento nel quale opera, com'è il caso dei richiami alla natura delle cose o ai principi fondamentali, ma si tratta di un attivismo giurisprudenziale storicamente sviluppatosi in funzione della garanzia dei diritti di prima generazione. Ben diverso è il caso dei diritti sociali, creazione eminentemente legata alla volontà politica del costituente o del legislatore dell'ultimo secolo.

Questa lunga premessa ha lo scopo di ricordare che la giurisdizione della Corte di giustizia, così come l'attività sostanzialmente giurisdizionale del Comitato, si svolgono in contesti nei quali la garanzia dei diritti sociali è affidata a norme da un lato sfuggenti (laddove rinviano direttamente alle legislazioni nazionali o si limitano a promuovere la convergenza su *standard* peraltro vaghi), dall'altro fragili, perché le prescrizioni non sono assistite da un apparato sanzionatorio degno di tal nome. Ciò non è dovuto al caso, ma è frutto di scelte ben precise (delle quali in questa sede non è possibile dar conto), che hanno condotto le parti contraenti della Convenzione europea a escludere i diritti sociali e convogliarli, ben più tardi, nella Carta, con il chiaro intento di distinguere la portata di questi da quella riconosciuta ai diritti di prima generazione.

Analogamente, la genesi dei trattati comunitari risente di una concezione mercantilistica dell'integrazione europea; lo stesso dibattito sfociato nella Carta di Nizza fu influenzato profondamente dalle posizioni degli stati membri che concepiscono il *welfare* come frutto di *policies* anziché come sistema di garanzie dei diritti. Anche nel contesto eurounitario, come in quello più vasto della Convenzione, non è recepita in alcun modo una sistematica dei diritti sociali.

Se questo è il quadro di riferimento, non deve stupire né la giurisprudenza restrittiva della Corte di giustizia, né la marginalità delle pronunce del Comitato.

Non c'è un'Europa sociale oggi, né ci sarà in futuro. A riprova di questo, basti vedere la vicenda del Pilastro europeo dei diritti sociali, lanciato nel vertice di Göteborg dell'ormai lontano 2017. Da allora si sono avuti due risultati tangibili: è nata l'ennesima *authority*, ELA, priva di poteri sanzionatori e destinata a raccogliere dati e promuovere la convergenza normativa tra gli stati membri. Il principale risultato, dalla sua istituzione nel 2019, è stato il trasloco della sede a Bratislava.

In questi giorni, inoltre, è stata raggiunta (dopo un anno di trattative) una posizione comune del Consiglio e del Parlamento sulla direttiva in tema di salario minimo, che prevede un lungo, laborioso e assolutamente non obbligatorio processo di convergenza intorno a istituti rivoluzionari quali la contrattazione collettiva. Due stati hanno già espresso la loro contrarietà. Attendiamo fiduciosi.

VINCENZO CASAMASSIMA

Se finora ci si è concentrati prevalentemente sul versante delle dinamiche politico-istituzionali e degli interventi, operati o prospettabili, in vista di un rafforzamento della dimensione sociale dell'Unione europea, questa domanda chiede invece di affrontare, con sguardo rivolto al diritto vigente, la questione del ruolo che, in ordine alla garanzia dei diritti sociali, potrebbero svolgere, in un contesto più attento alla suddetta dimensione, gli organi giurisdizionali, tra cui, *in primis*, la Corte di giustizia dell'Unione europea (anche in dialogo con gli organi giurisdizionali, comuni e costituzionali, degli Stati membri). Prima di provare a dire qualcosa sulle prospettive future e al fine di poterlo fare nella maniera più adeguata allo scopo, è opportuno ricordare la rilevanza di due principali aree, per così dire, della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo relativa ai diritti sociali formatasi nel corso dell'ultimo quindicennio, che è quello contraddistinto dal manifestarsi degli effetti della crisi economico-finanziaria esplosa alla fine del primo decennio del XXI secolo e, allo stesso tempo, di quelli del conferimento alla CDFUE, che non manca di riferimenti a diritti sociali, dello «stesso valore giuridico dei trattati» (art. 6, comma 1, TUE).

Su un primo versante, è opportuno richiamare innanzitutto quello che è stato definito [da G. GRASSO, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, in *Rivista AIC*, 4/2016, 4] «il poker di sentenze "antisociali" del biennio 2007-2008» (il riferimento è alle sentenze *Viking*, *Laval*, *Rüffert* e *Commissione contro Granducato del Lussemburgo*): tra diritti sociali dotati in alcuni ordinamenti statali di radicamento costituzionale, quali quelli di sciopero e di negoziazione e azione collettiva, e libertà economiche, quali quelle di stabilimento e di prestazione dei servizi, i primi e le seconde "fondamentali" nell'ordinamento sovranazionale, il risultato del bilanciamento si è risolto sempre in quei casi in una prevalenza di queste ultime. È stato condivisibilmente affermato, a proposito del processo di appropriazione da parte del diritto dell'Unione, attraverso l'opera della Corte di giustizia, di canoni e motivi ispiratori delle costituzioni nazionali (quali quelli sottesi alle statuizioni sui diritti sociali), che «l'ordinamenti sovranazionale si appropria di tali canoni e motivi ispiratori,

ma sembra perfettamente in grado di "digerirli" senza mutare profondamente la propria identità, anzi funzionalizzandoli alla propria originaria ragion d'essere» [B. BRANCATI, *Tra diritti sociali e crisi economica. Un equilibrio difficile per le corti costituzionali*, Pisa, 2018, 65].

Se tale risultava la situazione prima dell'entrata in vigore, il 1° dicembre 2009, del Trattato di Lisbona, le cose non paiono sostanzialmente cambiate dopo il conferimento alla Carta di Nizza di valore giuridicamente vincolante, non essendo mutata la posizione di reciproca parità ordinamentale tra i succitati diritti e le libertà economiche. Queste ultime, anzi, hanno continuato a far valere (ancor più nel tempo di una crisi economica affrontata sotto il segno dell'*austerity*), nell'ambito delle dinamiche di un bilanciamento giudiziario che tende ad essere «libero» [così G. AZZARITI, *op. cit.*, 214], la loro maggiore vicinanza al nucleo assiologico dell'ordinamento sovranazionale.

Per altro verso, si è determinato, anche in questo caso quale esito di orientamenti giurisprudenziali della Corte di giustizia, un restringimento dell'ambito soggettivo della garanzia di diritti sociali che gli Stati membri sono chiamati dal diritto euro-unitario ad assicurare a cittadini di altri Stati dell'Unione (e, ed entro certi limiti, anche a cittadini di Stati terzi) come portato dell'applicazione del principio di non discriminazione, in raccordo con le norme sulla tutela della libertà di circolazione e di soggiorno prevista dai trattati. Rispetto all'approdo molto avanzato del riconoscimento del diritto di accesso a diverse prestazioni sociali a cittadini e persone economicamente non attivi e non finanziariamente autosufficienti, un robusto filone giurisprudenziale [si vedano, tra le altre, le sentenze *Brey* del 19 settembre 2013, *Dano* del 19 dicembre 2014, *Alimanovic* del 15 settembre 2015, *Garcia-Nieto* del 25 febbraio 2016 e *Commissione c. Regno Unito* del 14 giugno 2016] si è orientato in senso inverso, così da far affermare in dottrina che «il principio di solidarietà, che nella fase ascendente della cittadinanza europea era stato usato come "spada" per aprire una nuova dimensione dei diritti sociali oltre i confini statuali, nel nuovo corso della giurisprudenza della Corte di giustizia ha visto rapidamente capovolgere la propria funzione, e funge ora da "scudo" protettivo, brandito dagli Stati membri a difesa della chiusura dei sistemi nazionali di welfare dai (presunti) rischi di destabilizzazione finanziaria che deriverebbero dalla libertà di circolazione (specialmente) dei soggetti economicamente inattivi» [S. GIUBBONI, *La solidarietà come «scudo». Il tramonto della cittadinanza sociale transnazionale nella crisi europea*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2018, 592-593].

In riferimento a queste tendenze, manifestatesi sul versante, per così dire, più "tradizionale" della giurisprudenza della Corte di giustizia, si può certo sperare, e forse anche prevedere, che una maggiore attenzione, quale quella che in questa fase si registra, delle istituzioni politiche europee per la dimensione sociale, possa esercitare in qualche modo un'influenza positiva sulla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo in tema di diritti sociali. D'altronde, per quanto con riguardo a situazioni giuridiche riferibili a soggetti diversi da cittadini economicamente "inattivi", non mancano, nel periodo in esame, decisioni di tale Corte che hanno statuito la contrarietà al diritto euro-unitario di normative nazionali lesive di diritti sociali [si pensi, volendo citare casi riguardanti l'Italia, alla sentenza *Mascolo* del 26 novembre 2014, richiamata nel quesito,

in tema di precariato scolastico, o, per citarne una molto recente, la sentenza *O.D. e altri c. INPS* del 2 settembre 2021, in tema di accesso di cittadini stranieri agli assegni di natalità e maternità, originata, quest'ultima, dal rinvio operato dalla Corte costituzionale con ordinanza n. 182/2020].

Resta in ogni caso fermo il dato di fatto dell'evidente fragilità, rispetto a interventi statali restrittivi, delle protezioni assicurate dal diritto euro-unitario a diritti concernenti l'accesso a prestazioni sociali correlate all'esercizio di una classica libertà euro-unitaria quale è quella di circolazione e soggiorno nell'ambito del territorio dell'Unione. Non si può peraltro escludere che le conseguenze di ciò possano, almeno entro certi limiti, essere compensate, per quanto riguarda l'Italia, dall'accesso da parte dei giudici comuni alla Corte costituzionale anche in ordine a questioni per cui venga in rilievo la compatibilità sia con la CDFUE sia con la Costituzione, attraverso la valorizzazione del contenuto del noto *obiter dictum* reperibile nella sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale, che ha trovato conferma, per quanto con qualche innovazione, nella successiva giurisprudenza costituzionale.

Sul secondo dei due versanti giurisprudenziali più sopra evocati, cioè nell'area di quel "diritto europeo della crisi" incentrato sul principio di condizionalità e sviluppatosi attraverso la predisposizione di strumenti (è il caso, soprattutto, del MES), la fragilità degli strumenti di tutela sovranazionale dei diritti sociali rischia di trasformarsi in sostanziale mancanza di tutela, frapponendo il succitato diritto della crisi rilevanti ostacoli all'operatività delle norme euro-unitarie riferibili ai diritti in questione. Alla luce della giurisprudenza inaugurata dalla notissima sentenza *Pringle* del 2012 [si veda su questo filone giurisprudenziale M. IANNELLA, *La CGUE e la tutela dei diritti sociali nei Piani di Assistenza: limiti e prospettive*, in *Federalismi.it*, 3/2018, *passim*], pronunciata a seguito di rinvio pregiudiziale proposto dalla *Supreme Court* irlandese e sulla cui scia si sono poste decisioni adottate sia nell'ambito di giudizi attivati mediante rinvio pregiudiziale (art. 267 TFUE) da parte di giudici greci, portoghesi e ciprioti, sia all'interno di giudizi attivati mediante ricorsi per annullamento (art. 263 TFUE), è possibile affermare che la Corte di Lussemburgo si sia, per così dire, auto-collocata "in fuori gioco".

In questo senso ha operato il richiamo dell'art. 51 della CDFUE, ai sensi del quale «le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, *come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione*» (corsivo mio), per affermare poi che «gli Stati membri non attuano il diritto dell'Unione, ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta, allorché instaurano un meccanismo di stabilità come il MES per l'istituzione del quale […] i Trattati UE e FUE non attribuiscono alcuna competenza specifica all'Unione». Riferendosi in questo modo all'art. 51 CDUE, con la sentenza *Pringle* la Corte di giustizia ha ottenuto il risultato di porre fuori dal cono normativo di diverse norme "sociali" della Carta gli atti normativi statali che, per adempiere quanto richiesto dai *Memorandum of understanding* (MoU) stipulati in ambito MES in vista dell'erogazione di assistenza finanziaria, hanno operato riduzioni, spesso pesantissime, del livello di garanzia di diritti sociali.

Ci si può naturalmente augurare che l'"aria nuova" che si respira in conseguenza dello scossone prodotto dalla crisi pandemica, e che ha prodotto l'adozione di scelte per alcuni versi innovative, possa esercitare un'influenza positiva per la tutela euro-unitaria dei diritti sociali anche su questo fronte. Da non esperto di diritto dell'Unione europea, non sono in grado di formulare valutazioni molto avvertite in ordine al grado di probabilità di un superamento dell'ostacolo posto da *Pringle* sulla via dell'applicazione della CDFUE in quest'ambito. Mi limito soltanto a rilevare che, anche come punti di appoggio di possibili mutamenti giurisprudenziali, in dottrina, per un verso, si è valorizzato il più stretto nesso tra MES e diritto dell'UE che deriverebbe da alcune previsioni del *Two Pack* (e, in particolare, del Regolamento 472/2013 in tema di rafforzamento della sorveglianza economica e di bilancio, mentre, per un altro, sono state evidenziate alcune aperture giurisprudenziali [reperibili, tra le altre, nella sentenza della Corte di giustizia *Ledra Advertising Ltd e altri contro Commissione europea e Banca centrale europea* del 20 settembre 2016] verso l'esperibilità dell'azione per responsabilità extracontrattuale dell'Unione (art. 340, comma 2, TFUE), in ragione del ruolo esercitato da istituzioni euro-unitarie in ambito MES e dell'obbligo delle stesse (in primis, la Commissione) di garantire la compatibilità con il diritto dell'Unione delle attività del MES e dei MoU [si veda M. IANNELLA, *La CGUE e la tutela dei diritti sociali nei Piani di Assistenza*, cit., rispettivamente, 9-10 e 14-16].

Evidentemente, se invece restassero fermi gli orientamenti del giudice di Lussemburgo di cui sopra si è detto, continuerebbero a mancare i presupposti per un "dialogo" tra corti statali e Corte di giustizia in riferimento all'area di incidenza dei trattati internazionali stipulabili ai sensi dell'art. 136, comma 3, TFUE, il quale stabilisce che «gli Stati membri la cui moneta è l'euro possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme» e che «la concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell'ambito del meccanismo sarà soggetta a una rigorosa condizionalità». Non resterebbe a quel punto che seguire, come già talvolta avvenuto (si pensi al caso portoghese), la via interna la quale conduce alle corti costituzionali, nei casi in cui venissero in rilievo potenziali violazioni di norme fondative di diritti sociali.

Con riferimento infine al ruolo che potrebbe svolgere il Comitato europeo dei diritti sociali (CEDS) e al possibile incremento della sua rilevanza, anche in questo caso la valutazione deve essere articolata. Come è noto, la Carta sociale europea, trattato vincolante Stati firmatari membri del Consiglio d'Europa, entro la cui cornice è stata adottata, non contempla, diversamente dalla carta "sorella" (la CEDU), un custode giurisdizionale, tale non essendo il CEDS. Non si è mancato, cionondimeno, di valorizzare il sistema di controllo sul rispetto della Carta sociale, definita dall'art. A della sua Parte III «una dichiarazione che determina gli obiettivi di cui perseguirà la realizzazione con ogni mezzo utile». Il succitato sistema è, come è noto, incardinato sulla procedura dei rapporti periodici (concernenti la situazione dei singoli Stati) e su quella dei reclami collettivi, proponibili da parti sociali (cioè organizzazioni di lavoratori di lavoratori e di datori di lavoro) nazionali e internazionali (ed, entro certi limiti, da organizzazioni non governative), a proposito di cui si è parlato di «effetto

sinergico delle due procedure» [G. GUIGLIA, *Il ruolo del Comitato europeo dei diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *Rivista AIC*, 2/2016, 5] e di «interdipendenza» tra le stesse quale «vero punto di forza del sistema» [C. PANZERA, *Diritti ineffettivi? Gli strumenti di tutela della Carta sociale europea*, in *Rivista AIC*, 1/2017, 21].

In concreto, l'atteggiamento rivelato dal CEDS rispetto alla garanzia dei diritti sociali nel tempo della crisi economica (e dei prestiti corredati di condizionalità) è risultato, se pur mediante l'uso delle sue meno affilate armi, indubbiamente molto diverso da quello tenuto, nelle forme e per le ragioni che si è sopra accennato, dalla Corte di giustizia. Non ha mancato infatti il CEDS, per esempio nelle decisioni relative alla Grecia, di censurare interventi legislativi con effetti pesantemente restrittivi di misure di protezione sociale "imposti" dal rispetto delle clausole inserite nei programmi di assistenza finanziaria del MES. E ha chiarito (o meglio ribadito) in quei casi che il principio di non regressione quanto al livello di tutela dei diritti sociali ammette deroghe *in peius* solo garantendo la tutela del nucleo essenziale dei diritti e, comunque, mediante misure che si dimostri siano le meno pesanti possibili tra quelle prospettabili, nel rispetto dunque del principio di proporzionalità [G. GUIGLIA, *op. cit.*, 21]. Il controllo del CEDS sulla compatibilità con la Carta sociale europea (anche) del diritto statale adottato per dare seguito alle condizioni accettate nell'ambito dei piani di assistenza finanziaria è stato dunque esercitato in maniera penetrante e puntuale, avvalendosi delle potenzialità dell'interdipendenza tra procedura dei rapporti periodici e procedura dei reclami collettivi.

Se le decisioni del CEDS e le eventuali risoluzioni o raccomandazioni indirizzate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa agli Stati che non abbiano rimosso le violazioni della Carta accertate dal succitato Comitato si distinguono chiaramente da decisioni di carattere giurisdizionale, quali quelle della Corte EDU, ciò non toglie nulla alla vincolatività delle determinazioni del CEDS, che producono un obbligo di conformazione in capo a tutte le autorità di uno Stato. Per quanto la specifica efficacia giuridica delle "sanzioni" comminate dal CEDS si apprezzi soltanto sul piano della responsabilità internazionale dello Stato, non trascurabili paiono, in relazione all'ordinamento italiano, le potenzialità "interne" della Carta sociale europea, alla luce della recente giurisprudenza costituzionale [sentenze nn. 120 e 194/2018] che, in forza del disposto dell'art. 117, comma 1, Cost., ha reso concreta la parametricità delle sue previsioni, in applicazione dello schema della norma interposta delineato, in rapporto all'art. 117, comma 1, Cost., nelle famose "sentenze gemelle" del 2007. Sebbene poi la Corte costituzionale, nella sentenza n. 120/2018, abbia evidenziato la mancanza dei presupposti per l'attribuzione alle decisioni del CEDS del carattere della vincolatività per i giudici comuni (mancando nella Carta sociale disposizioni analoghe agli artt. 32, par. 1, e 46 CEDU), l'autorevolezza riconosciuta alle succitate decisioni dallo stesso giudice delle leggi apre la via ad una forma di efficacia ermeneutica della Carta sociale (che si affianca a quella che si realizza, nei limiti in cui ciò è possibile, per il tramite della giurisprudenza della Corte di Strasburgo).

Al di là delle considerazioni da ultimo svolte, non si può escludere su un piano differente – per rispondere in maniera più diretta al quesito sottopostoci dalla Direzione

della Rivista – che l'eventuale consolidamento di una più salda e legittimata dimensione sociale europea possa contribuire ad incrementare il tasso di persuasività delle decisioni del CEDS nei confronti del decisori politici nazionali. Questi ultimi, chiamati a dare corpo, in attuazione in primo luogo delle carte costituzionali, ad un efficace sistema di welfare, potrebbero infatti trovare, in un'Europa sociale dotata di più solidi pilastri (normativi e finanziari), maggiore alimento per politiche sociali progressive (o, quanto meno, non regressive) e, in riferimento all'Italia, anche per riempire di sostanza, con il richiamo alla Carta sociale europea (e alla "giurisprudenza" del CEDS), tra l'altro, il riferimento ai «livelli essenziali delle prestazioni» di cui all'art. 117, comma 2, lettera m), Cost. [così G. GUIGLIA, *op. cit.*, 19-20].

ANDREA GUAZZAROTTI

La Corte di giustizia è composta da giudici provenienti da ciascuno Stato membro, ivi compresi quelli – ormai numerosi – dei Paesi dell'Est Europa, il cui vantaggio competitivo primario nel mercato unico è la capacità di esportare manodopera a basso costo [A. SOMEK, *From Workers to Migrants, from Distributive Justice to Inclusion: Exploring the Changing Social Democratic Imagination*, in *European Law Journal*, 5/2012, 714 ss.]. I giudici dei Paesi fondatori, dal canto loro, pur provenendo da ordinamenti dotati di costituzioni e legislazioni sociali avanzate, si sono formati e affermati professionalmente nel periodo della grande narrazione della "crisi fiscale dello Stato" e della superiore efficienza del mercato, secondo cui la giustizia sociale si garantisce consentendo agli individui di partecipare al mercato.

Non v'è pertanto da stupirsi eccessivamente della "timidezza" – per usare un eufemismo – con cui la Corte di giustizia affronta le questioni di dumping sociale che la libera circolazione delle persone tra Paesi così diversi comporta. Come suggerito da una ricerca della confederazione dei sindacati tedeschi [S. WIXFORTH, L. HOCHSCHEIDT, *How the European Court of Justice could become the guardian of social rights*, 4 novembre 2019, in *Social Europe*], per aversi un'effettiva tutela dei diritti sociali da parte della Corte di giustizia è necessario preliminarmente introdurre un'armonizzazione delle legislazioni nazionali da parte del legislatore dell'UE. A quel punto la Corte potrà, forse, svolgere la sua tradizionale funzione "maggioritaria", ossia costringere gli Stati membri inadempienti a rispettare i propri impegni precedentemente siglati, approvando direttive o regolamenti, o comunque a rispettare l'esito delle procedure "para-federali" con cui il diritto derivato europeo è stato approvato [M.P. MADURO, *We The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution,* Oxford, 1998].

Come dimostrato in uno studio comparatistico di un noto studioso statunitense, i diritti sociali possono radicarsi nel discorso delle Corti solo a partire dall'infittirsi della legislazione sociale degli Stati, non viceversa [M. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, 2008]. Simmetricamente, nei periodi in cui la legislazione sociale viene

smantellata sistematicamente, tanto da destra che da sinistra, il ruolo delle Corti difficilmente potrà andare oltre il mero rallentamento di tale moto e il lenimento delle ferite più evidenti. Guardando all'Italia, il ruolo giocato dalla Corte costituzionale nel periodo della "rivoluzione liberale" degli anni Novanta, con particolare riguardo alla riforma delle pensioni, non è stato fieramente "antimaggioritario", bensì più modestamente ha assunto la funzione di fluidificare il passaggio da un regime a un altro, rendendo la fase di transito meno drastica e dolorosa per le fasce più deboli della popolazione. Qualcosa di simile è avvenuto più di recente, con la riforma neoliberista della disciplina dei licenziamenti (prima con la "legge Fornero" poi con il "Jobs Act" di Renzi), su cui la Corte è intervenuta per mitigare le asperità più evidenti di tale riforma, non certo per revocarla in dubbio [cfr., se si vuole, A. GUAZZAROTTI, *Corte costituzionale e Sindacato dinanzi alla costruzione del soggetto (a)conflittuale*, in *Rivista AIC*, 1/2018]. Per cui, alla fine della fiera, solo una *governance* economica europea (Commissione in testa) che smetta di incitare i governi nazionali alle riforme neoliberiste del mercato del lavoro ha qualche possibilità di invertire la rotta intrapresa fin qui nel campo dei diritti sociali dei lavoratori.

Per ciò che riguarda il c.d. "dialogo tra le Corti" e il potenziale che il contributo del Comitato europeo dei diritti sociali può assumere in esso, occorre avere una certa dose di ottimismo per pensare che un organo come il CEDS possa fattivamente influire sulla conformazione del regime costituzionale di tutela dei lavoratori. Vero è che la Corte costituzionale, nel formulare i suoi rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia, pone sapientemente a confronto gli orientamenti di Lussemburgo con quelli di Strasburgo (cfr. le ordinanze n. 117 del 2019 e 217 del 2021), al fine di stimolare l'interpretazione del diritto UE (e, in particolare, della Carta dei diritti fondamentali) nel senso più garantista possibile. Ma è dubbio che la stessa strategia possa essere usata con successo invocando la "giurisprudenza" del CEDS: la Carta sociale europea non assume certo lo stesso rango della CEDU nel Pantheon delle fonti ispiratrici della CDFUE, sia perché non espressamente invocata dall'art. 53, sia perché non tutti gli Stati membri la hanno siglata. Vero è che, in un'Unione europea sempre più scopertamente a guida tedesca, un segnale di speranza può scorgersi nel passo compiuto dalla Germania nel 2021 con la ratifica e l'esecuzione della Carta sociale revisionata del 1996, sia pure con un nutrito numero di riserve e dichiarazioni interpretative [https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=163].

CRISTINA LUZZI

L'atteggiamento assunto dalla Corte di giustizia durante la crisi economica, dinanzi alle misure di *austerity* e alle loro conseguenze in termini di garanzia dei diritti sociali, come ormai noto, è stato caratterizzato da un certo *self restraint*. Si è parlato, non a caso, di «*freddezza*» [così si esprime C. SALAZAR, *La crisi ha… "sparigliato le Carte"? Note sulla tutela multilivello dei diritti sociali nello "spazio giuridico*

europeo", in C. PANZERA, A. RAUTI, C. SALAZAR, A. SPADARO, (a cura di), *La Carta sociale europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele. Atti del Convegno di studi Reggio Calabria, 26 febbraio 2016, Napoli*, 2016, 53 ss.] dei giudici unionali con riferimento, ad esempio, alle posizioni assunte dalla Corte di giustizia rispetto alla vicenda portoghese e ai tagli alle pensioni posti in essere all'epoca dalla legge di bilancio lusitana del 2012 in attuazione del Programma di assistenza economica e finanziaria siglato da Troika e governo portoghese [ord. 7 marzo 2013, C-128/12, *Sindicato do Bancarios do Norte*]; o, ancora, a proposito delle pronunce di rigetto adottate dal Tribunale dell'UE in risposta alle questioni sollevate dalla confederazione greca dei sindacati dei pubblici impiegati avverso le misure -finalizzate alla riduzione del disavanzo- intimate alla Grecia dal Consiglio nell'attuazione del *Memorandum of understandings* [ord.27 novembre 2012, T-541/10 e T-215/11, *Adey e altri*].

Tuttavia, pur non potendo certamente attribuirsi ai giudici di Lussemburgo un ruolo antagonista rispetto alle misure di *austerity* adottate durante la precedente crisi economica, ciò non conduce né a negare il ruolo di garanzia indiretta (soprattutto) dei diritti sociali svolto dai giudici lussemburghesi nel corso del tempo grazie al divieto di non discriminazione o alla tutela delle libertà fondamentali espressamente riconosciute dai Trattati [sul punto, diffusamente, cfr. C. SALAZAR, in *I diritti sociali nel "gioco delle tre Carte": qualche riflessione*, in L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAITTA (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino, 2016, 9 ss.; F. SALMONI*, Le politiche di* austerity *e i diritti sociali nel processo di integrazione europea*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2019, 153 ss.]; né a escludere automaticamente la possibilità di una giurisprudenza eurounitaria nuovamente attenta all' incremento o perlomeno al mantenimento delle tutele dei diritti sociali laddove il cambiamento avviato con il *Recovery Fund* si riveli il preludio di una serie di politiche non indirizzate al rispetto dei vincoli di bilancio.

D'altra parte, la stessa Corte di giustizia ha recentemente ribadito [sent. 3 giugno 2021, C-726/19, *Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario*] quanto affermato in occasione del "caso Mascolo"- ma non solo- [sent.26 novembre 2014, C-22/13, *Mascolo*] e cioè che «*sebbene considerazioni di bilancio possano costituire il fondamento delle scelte di politica sociale di uno Stato membro e possano influenzare la natura ovvero la portata delle misure che esso intende adottare*», tuttavia, proprio i vincoli di bilancio, qualora non rappresentino l'obiettivo della politica in oggetto, non possono essere impiegati -come nel caso di specie- per giustificare la mancata previsione di misure deterrenti della reiterazione abusiva dei contratti di lavoro a tempo determinato nella pubblicazione amministrazione. Ne deriva, allora, che se sussistono dei limiti alla garanzia dei diritti sociali in seno alla giurisprudenza unionale questi possono essere individuati nella primazia accordata alle cd. considerazioni di bilancio, limitatamente però ai casi in cui queste ultime costituiscono il fine delle politiche di volta in volta considerate.

Ma ciò che, a ben vedere, nei fatti, rischia comunque di inficiare l'affermazione a livello eurounitario della fondamentalità dei diritti sociali (che non si intende

confondere con una loro presunta incomprimibilità) non è questa argomentazione, o perlomeno non solo, quanto il limite di cui all'articolo 51, primo comma, della Carta dei diritti dell'Unione europea che impedisce alla Corte di Giustizia, e ai Tribunali costituzionali, di apprezzare l'eventuale violazione della Carta di Nizza da parte delle fonti interne ogniqualvolta si ritenga che l'Unione non abbia esercitato in quella materia la propria competenza e dunque le situazioni non siano disciplinate direttamente dal diritto dell'Unione europea; [sent. 5 febbraio 2015, causa C-117/2014, *Poclava c. Toledano*; ord. 4 giugno 2020, C-32/20, *TJ c. Balga srl*; sent. 17 marzo 2021, C-652/19, *KO c. Consulmarketing SpA*] diritto nel quale, logicamente, gli atti di *soft law* come gli Orientamenti per l'occupazione del Consiglio non rientrano in quanto privi (in linea teorica) di forza vincolante, come ricordato espressamente dalla Corte costituzionale nell'ormai nota sentenza n. 194/2018 [Corte cost. 8 novembre 2018, n. 194].

Sebbene i giudici nazionali possano impiegare parametri diversi dalla Carta di Nizza per sottoporre al sindacato del giudice di Lussemburgo le normative nazionali, laddove ovviamente altre fonti conducano a ritenere che l'Unione abbia esercitato la propria competenza in quella materia, l'eventuale interpretazione fornita dalla Corte di giustizia dalla quale pure può scaturire un incremento di tutela per il diritto sociale coinvolto, non contribuisce tuttavia all'implementazione delle disposizioni della Carta DFUE che a quei diritti invece garantiscono un riconoscimento esplicito e il rango, talvolta, di diritto fondamentale.

Da un punto di vista, dunque, di costruzione e diffusione di un "patrimonio sociale europeo" non possono che essere guardate positivamente, allora, le aperture che si registrano a livello nazionale, ma non solo, nei confronti della Carta sociale europea. Impiegata per la prima volta dal Giudice delle leggi solo nel 2018 [Corte cost. 13 giugno 2018, n. 120] grazie al meccanismo della norma interposta, e ratificate in Spagna e in Germania nella versione riveduta solo nel 2021, la Carta sociale europea è tornata all'attenzione della dottrina soprattutto negli anni di poco successivi alla crisi economica in ragione, si sa, delle letture "controcorrenti" fornite dal Comitato europeo dei diritti sociali rispetto alle misure di austerità e alle riforme strutturali suggerite dalle istituzioni dell'Unione agli Stati membri [a titolo esemplificativo cfr. GENOP-DEI e ADEY v. Greece, C- 66/2011; *Finnish Society of Social Rights* v. *Finland*, C-106/2014; *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) v. Italy*, C-158/2017]. Ora, prescindendo dal grado di persuasività o vincolatività che si riconosca alle decisioni del CEDS, il dato -ad avviso di chi scrive- più interessante è che l'impiego delle norme della Carta sociale da parte direttamente dei giudici comuni -come avvenuto soprattutto in Spagna poco prima della ratifica della CSE- [L. JIMENA QUESADA, *El papel del Comité europeo de Derechos sociales en el contexto de la crisis económica*, in P. MASALA (a cura di), *La Europa social: alcances, retrocesos y desafíos para la construcción de un espacio jurídico de solidaridad*, Madrid, 2018, 177 ss.] o tramite (prevalentemente, ma non esclusivamente) il Tribunale costituzionale, come nel caso italiano, sembra stia contribuendo a immettere nel cd. "dialogo tra Corti", e in quello tra Corti e giudici comuni, un elemento utile in termini di affermazione dei diritti sociali nel contesto europeo, nonché di configurazione di un «*assetto integrato di tutele*» dei

diritti sociali, assetto determinato dal concorso sembrerebbe paritario, almeno per il Giudice delle leggi italiano, tra Carta DFUE e CSE [Corte cost. 1 aprile 2021, n. 59].

SIMONE MARINAI

Per poter valutare il ruolo che la Corte di Giustizia è in grado di svolgere (anche in prospettiva futura) in funzione del rafforzamento della dimensione sociale dell'Unione europea, è necessario muovere dalla considerazione della natura e dei limiti delle competenze di cui l'Unione europea è dotata in materia.

Va sottolineato, innanzitutto, che la materia della politica sociale è riconducibile alle competenze concorrenti dell'UE, ma solo con riguardo agli aspetti definiti nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (v. art. 4, par. 2, lett. b, TFUE). Per gli altri aspetti, l'azione dell'UE è limitata unicamente ad iniziative volte ad assicurare il coordinamento delle politiche sociali degli Stati membri (v. art. 5, par. 3, TFUE).

È certo vero che gli obiettivi che il Trattato sul Funzionamento dell'UE fissa in materia di politica sociale sono particolarmente ampi. Secondo l'art. 151 TFUE, disposizione che apre il Titolo X dedicato alla politica sociale, l'Unione europea e i suoi Stati membri perseguono infatti la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, un livello occupazionale elevato e duraturo, la lotta contro l'emarginazione. Tali obiettivi vengono portati avanti nel rispetto dei diritti sociali fondamentali così come definiti nella Carta sociale europea del 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, che rappresentano uno standard minimo di tutela rispetto al quale non è ammessa una regressione.

Lo stesso art. 151 TFUE peraltro precisa, da una parte, che nel perseguimento dei predetti obiettivi l'Unione europea e gli Stati membri sono chiamati a tener conto della diversità delle prassi nazionali e della necessità di mantenere la competitività dell'economia dell'Unione, e dall'altra, che l'armonizzazione dei sistemi sociali deriverà sia dal funzionamento del mercato interno, sia dal ravvicinamento delle disposizioni esistenti in materia. Emerge, cioè, dallo stesso Trattato, l'esigenza di trovare una mediazione nella difficile convivenza tra le finalità sociali e quelle economiche dell'Unione [v. R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2020, 736].

In funzione degli obiettivi sopra richiamati, l'art. 153 TFUE prevede che l'Unione possa sostenere e completare l'azione degli Stati membri in una serie di settori che vengono elencati nella stessa disposizione (ad es., miglioramento dell'ambiente di lavoro e delle condizioni sociali, sicurezza sociale, integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro, parità tra uomini e donne per quanto riguarda le opportunità sul mercato del lavoro). La stessa disposizione, peraltro, pone anche limiti all'intervento dell'Unione in materia, prevedendo che lo stesso non può compromettere la facoltà riconosciuta agli Stati membri di definire i principi fondamentali del loro sistema di sicurezza sociale e non deve incidere sensibilmente sull'equilibrio finanziario di

quest'ultimo, né può impedire ad uno Stato membro di mantenere o stabilire misure maggiormente protettive. Inoltre, viene precisato che restano escluse dalle competenze dell'Unione le retribuzioni, il diritto di associazione, il diritto di sciopero, il diritto di serrata.

La Corte di Giustizia, nella propria attività interpretativa, deve evidentemente tener conto dei limiti che l'intervento dell'Unione europea in materia di politica sociale incontra in virtù delle basi giuridiche stabilite nel Trattato e delle modalità con cui lo stesso è stato fin qui concretizzato mediante atti di diritto derivato.

Da più parti è stato criticato l'atteggiamento tenuto dalla Corte di Lussemburgo nel c.d. *Laval Quartet*, quattro sentenze pronunciate tra il 2006 ed il 2008, che hanno avuto ad oggetto il fenomeno del *dumping* sociale derivante dai diversi *standard* di lavoro applicabili ai lavoratori distaccati da uno Stato membro ad un altro. È certo vero che, nell'occasione, i diritti sociali in considerazione vennero considerati subordinati rispetto alla libertà di prestazione dei servizi. Peraltro, nell'ambito di tali pronunce – che, è bene ricordare, vennero emesse prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che indubbiamente ha accentuato la vocazione sociale dell'Unione [come giustamente ricordato da D. DIVERIO, *Il ruolo degli Stati nella definizione del modello sociale europeo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, 515 e spec. 518 ss.] – la Corte ha comunque affermato che l'integrazione europea non ha solo una finalità economica, ma anche una finalità sociale, tanto che i diritti derivanti dalle libertà di circolazione devono essere bilanciati con gli obiettivi perseguiti dalla politica sociale [v. sentenza del 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval*, punto 105]. Le restrizioni alle libertà funzionali alla realizzazione del mercato interno possono quindi essere giustificate da una ragione imperativa di interesse generale come la tutela dei lavoratori, a condizione che ciò avvenga al fine di realizzare un interesse legittimo e non vada al di là di quanto necessario per conseguire tale obiettivo [ivi, punto 103].

La Corte di Giustizia si è poi confrontata in più occasioni con misure che gli Stati membri hanno adottato negli ultimi anni nell'ambito delle politiche di *austerity*.

Con la crisi economica, ad es., è stato fatto un sempre maggior ricorso, all'interno degli Stati membri, ai contratti a termine. In questo contesto, l'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia in relazione alla direttiva n. 1999/70 si è rivelata particolarmente attenta alle istanze dei lavoratori. La Corte di Lussemburgo ha infatti sottolineato che, sebbene le considerazioni di bilancio possano costituire il fondamento delle scelte di politica sociale di uno Stato membro e possano influenzare la natura ovvero la portata delle misure che esso intende adottare, esse non costituiscono tuttavia, di per sé, un obiettivo perseguito dalla politica sociale e, pertanto, non possono giustificare l'assenza di qualsiasi misura di prevenzione del ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato. Il principio, affermato nel noto caso *Mascolo* [sentenza del 26 novembre 2014, cause C-22/13 e a., punto 110], è stato successivamente ribadito più volte dalla Corte, tanto da poter ormai essere considerato, dalla stessa, espressione di una giurisprudenza consolidata [in tal senso v., di recente, sentenza del 3 giugno 2021, causa C-726/19, *Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario* c. *JN*, punto 91].

L'esigenza di bilanciamento tra diritti sociali e istanze economiche collegate alla necessità di misure di *austerity* adottate dagli Stati membri è venuta nuovamente in considerazione nei casi *Florescu* [sentenza del 13 giugno 2017, causa C-258/14], *ASJP* [sentenza del 28 febbraio 2018, causa C-64/16] e *Vindel* [sentenza del 7 febbraio 2019, causa C-49/18], dove la Corte ha peraltro mostrato una certa ritrosia a riconoscere il carattere preminente dei diritti sociali rispetto alle istanze economiche [in tal senso, con riferimento alle prime due pronunce, v. ad es., M. DE ZIO, *L'insostenibile leggerezza dei diritti sociali nell'Unione europea: alcune considerazioni alla luce delle sentenze* Florescu *e* Associaçao Sindical dos Juízes Portugueses, in *Studi sull'integrazione europea*, 2020, 203 e spec. 205].

Nella sentenza *Florescu*, che aveva ad oggetto misure di razionalizzazione della spesa pubblica adottate dalla Romania incidenti sulla possibilità di cumulo delle pensioni percepite da magistrati con determinati redditi da lavoro svolto presso istituzioni pubbliche, la Corte ha in particolare giustificato l'ammissibilità di limitazioni rispetto ai diritti sociali garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE richiamando l'art. 52, par. 1, di quest'ultima. In virtù di tale disposizione, deroghe ai diritti riconosciuti dalla Carta possono essere giustificate se previste dalla legge, se rispettino il contenuto essenziale dei diritti medesimi, se siano in linea con il principio di proporzionalità e siano necessarie e funzionali a finalità di interesse generale (punto 53).

Nelle sentenze *ASJP* e *Vindel* (riguardanti rispettivamente le riduzioni salariali sofferte da giudici portoghesi e spagnoli in conseguenza di misure di *austerity*), la Corte di Giustizia, pur senza far riferimento all'art. 52 della Carta, ha ritenuto che la riduzione del disavanzo eccessivo di bilancio costituisse un idoneo motivo di carattere imperativo e che le conseguenti misure adottate non sono tali da comportare per i magistrati interessati un pregiudizio al principio di indipendenza garantito dall'art. 19, par. 1, TUE e dall'art. 47 della Carta.

L'interpretazione della Carta dei diritti fondamentali dell'UE da parte della Corte di Giustizia può comunque giocare un ruolo particolarmente rilevante in funzione della tutela dei diritti sociali. In proposito, non si deve dimenticare che la Carta contiene l'enunciazione di diritti sociali all'interno del Capo IV dedicato alla "Solidarietà" (artt. 27-34). La Corte ha avuto modo di pronunciarsi su alcuni dei diritti in questione soffermandosi, in particolare, sulla loro idoneità a produrre effetti diretti orizzontali e, quindi, ad essere invocati in giudizio nell'ambito di controversie tra privati.

Vero è che la Corte di Giustizia non ha ritenuto che tutti i diritti sociali enunciati nella Carta siano produttivi di effetti diretti orizzontali. Con riferimento all'art. 27 della Carta, riguardante il diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa, la Corte di Lussemburgo ha ad esempio affermato, nel caso *Association de médiation sociale* [sentenza del 14 gennaio 2014, causa C-176/12], che la disposizione in questione non può essere invocata in una controversia tra privati visto che la stessa, per produrre pienamente i suoi effetti, deve essere precisata mediante disposizioni di diritto dell'UE o di diritto nazionale (punto 45).

Al contrario, con riferimento all'art. 31, par. 2, della Carta, che sancisce il diritto alle ferie annuali retribuite, la Corte ha affermato nei casi *Bauer* e *Max-Planck-Gesellschaft* [sentenze entrambe pronunciate il 6 novembre 2018, la prima nelle cause riunite C-569/16 e C-570/16, e la seconda nella causa C-684/16] l'idoneità della norma in questione a produrre effetti diretti orizzontali e, quindi, ad essere invocata in una controversia tra privati al fine di ottenere dal giudice nazionale la disapplicazione della normativa interna che impedisce ai successori del lavoratore deceduto un'indennità finanziaria, a carico dell'ex datore di lavoro, per le ferie non godute dal *de cuius*. Per arrivare a tale conclusione, la Corte ha affermato (punti 80 ss. della sentenza *Bauer*) che il diritto alle ferie annuali retribuite costituisce un principio essenziale del diritto sociale dell'Unione che trae origine tanto dalla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori (menzionata dall'art. 151 TFUE), quanto da strumenti internazionali vincolanti per gli Stati membri, tra i quali la Carta sociale europea (nelle sue diverse versioni) e la Convenzione n. 132 dell'OIL del 1970. Il diritto a un periodo di ferie annuali retribuite sancito dalla Carta, infatti, riveste, quanto alla sua stessa esistenza, carattere imperativo e incondizionato, perché non richiede alcuna concretizzazione ad opera di disposizioni di diritto dell'UE o nazionali, con la conseguenza che lo stesso è di per sé sufficiente a conferire ai lavoratori un diritto invocabile in quanto tale in una controversia contro il loro datore di lavoro (ivi, punto 85).

Da un confronto tra i casi *Bauer* e *Max-Planck-Gesellschaft*, da una parte, e *Association de médiation sociale*, dall'altra, è stato sottolineato che la Corte ha rifiutato di ritenere che tutte le disposizioni dedicate dalla Carta alla materia sociale nel Capo IV dedicato alla "Solidarietà", sono idonee, in quanto tali, a produrre effetti diretti orizzontali [v., in tal senso, R. KRAUSE, *Horizontal Effect of the EU Charter of Fundamental Rights,* Bauer and Willmeroth, MPG, in *Common Market Law Review*, 2021, 1173 e spec. 1189]. Occorre infatti distinguere tra le disposizioni che contengono l'affermazione di diritti e quelle che contengono principi. Solo i primi, non richiedendo di essere concretizzati mediante atti di diritto dell'UE o nazionali, sono idonei a produrre effetti diretti orizzontali e possono quindi essere fatti valere anche nell'ambito di controversie tra privati.

Va inoltre sottolineato che la Corte ha sempre dimostrato un atteggiamento rigoroso nell'escludere l'applicazione delle disposizioni della Carta al di fuori dei limiti previsti dal suo art. 51. In particolare, secondo il par. 1 di tale disposizione, la Carta si applica alle istituzioni dell'Unione, così come pure agli Stati membri, esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. La Corte ha infatti affermato [sentenza del 19 novembre 2019, cause riunite C-609/17 e C-610/17, *TSN*] che il solo fatto che misure nazionali ricadano in un settore nel quale l'UE è competente come, nella specie, quello relativo alla concessione di giorni di ferie annuali retribuite disciplinato dalla direttiva n. 2003/88, non può di per sé collocarle nella sfera di applicazione del diritto dell'Unione e, quindi, determinare l'applicabilità della Carta. La direttiva n. 2003/88 si limita a fissare prescrizioni minime di sicurezza e di salute in materia di organizzazione dell'orario di lavoro ma, ai sensi dell'art. 153, par. 4, TFUE, tali prescrizioni minime

non ostano a che uno Stato membro mantenga o stabilisca misure che prevedano una maggiore protezione. Quando quindi la normativa nazionale riguarda un settore in cui non sussistono obblighi imposti a livello di diritto dell'Unione (come avviene nel caso in cui lo Stato membro introduca norme maggiormente protettive rispetto a quanto imposto dal diritto dell'Unione), la normativa nazionale si pone al di fuori dell'ambito di applicazione della Carta e la situazione in questione non può essere valutata alla luce delle disposizioni di quest'ultima (ivi, punto 53).

A fronte dell'indubbia cautela che la Corte di Giustizia è costretta a prestare per non valicare i limiti che presentano le competenze in materia di politica sociale dell'Unione, il dialogo con le Corti costituzionali, da sempre più attente alla tutela dei diritti sociali, può senz'altro rappresentare uno stimolo positivo per la Corte di Lussemburgo. A mero titolo esemplificativo, si ricorda la recente sentenza della Corte di Giustizia che, a seguito di un rinvio pregiudiziale sollevato dalla Corte Costituzionale italiana avente ad oggetto l'interpretazione dell'art. 34 della Carta, ha affermato l'incompatibilità con il diritto dell'UE della normativa italiana che esclude i cittadini di Stati terzi dal beneficio di assegni di natalità e di maternità previsti dalla normativa medesima [nel caso specifico, la Corte, peraltro, non ha ritenuto necessario soffermarsi sull'interpretazione dell'art. 34 della Carta visto, verosimilmente, che gli strumenti di diritto derivato erano sufficientemente dettagliati e, inoltre, che si trattava di procedimenti in cui non si poneva l'esigenza di chiarire l'efficacia diretta orizzontale della Carta, come sottolineato da D. GALLO, *Assegni di natalità e maternità nella recente sentenza della Corte di Giustizia: riflessioni "a caldo"*, in *Eurojus*, 9 settembre 2021].

Oltre che dal dialogo con le Corti Costituzionali degli Stati membri, l'attenzione alla tutela sociale della Corte di Giustizia può senz'altro trarre effetti benefici dal continuo confronto con gli organismi di garanzia dei diritti umani attivi a livello internazionale.

Nello specifico, il Comitato europeo dei diritti sociali (CEDS), negli ultimi anni, attraverso le sue procedure di monitoraggio, ha sottolineato che le misure di *austerity* hanno esacerbato le già gravi conseguenze della crisi economica. Ricordo, ad esempio, che il Comitato, già nell'Introduzione generale alle Conclusioni XIX-2 del 2009 sulle ripercussioni della crisi economica sui diritti sociali, ha affermato che tale crisi non può comportare una riduzione dei diritti riconosciuti dalla Carta sociale europea. Lo stesso Comitato, nell'ambito dei reclami collettivi presentati contro la Grecia di fronte ad esso, ha sottolineato che l'effettivo godimento dei diritti umani non può essere subordinato ai cambiamenti del contesto politico economico o fiscale. In particolare, nella decisione del 23 marzo 2017 [ricorso n. 111/2014, *Greek General Confederation of Labour c. Greece*], sulla base di tali presupposti, il Comitato è arrivato a ritenere integrata la violazione, da parte della Grecia, di varie disposizioni della Carta sociale europea del 1961 per il fatto che lo Stato in questione non garantiva una remunerazione equa ed aveva imposto una eccessiva e discriminatoria riduzione del salario per il lavoratori con meno di 25 anni.

Pur dovendo tener presente i limiti dei poteri riconosciuti al CEDS, è indubbio che la reciproca collaborazione e contaminazione della giurisprudenza della Corte di Giustizia e della prassi del Comitato medesimo può rappresentare un elemento di arricchimento e rafforzamento dei rispettivi regimi di tutela.

EDMONDO MOSTACCI

Ancora una volta, l'elemento centrale della riflessione non può che essere la struttura fondamentale dell'UE e la logica attorno alla quale è costruito il processo di integrazione europeo.

Per comprendere il punto, può essere utile fare un passo indietro e svolgere un sintetico sondaggio nella giurisprudenza della corte di Lussemburgo, relativamente al tema della tutela dei diritti fondamentali.

È infatti noto come tale tematica si affacci nella giurisprudenza comunitaria alla fine degli anni Sessanta – in un caso non distante dai temi della legislazione sociale, concernente la liceità di buoni nominativi per l'acquisto di burro a prezzo ridotto – per poi svilupparsi più compiutamente nelle due decadi successive. Orbene, a mezzo secolo di distanza da quel primo cominciamento, appare interessante notare come per un lungo lasso temporale il riferimento ai diritti fondamentali sia in realtà poco più che un *hortatory statement* [nel senso di R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 1991, 1 ss. e 343 ss.], privo di conseguenze ai fini della decisione finale [v. ad es. le spesso citate Corte giust., sent. 14.05.1974, 4/73, *Nold*, e sent. 15.06.1978, 149/77, *Defrenne*]. Viceversa, ben altra pervasività ha la necessità di scongiurare le segmentazioni del mercato comune dai rischi derivanti dall'opera regolatoria degli Stati, con l'affermazione piena e sostanziale della libertà di circolazione delle merci, nell'altrettanto celebre *Cassis de dijon* [sent. 20.02.1979, 120/78].

In altri termini, se è sicuramente vero che, a partire dagli anni settanta, la Corte di giustizia inizia a praticare, anche con una certa frequenza, il linguaggio dei diritti fondamentali, al contempo un esame disincantato della sua giurisprudenza mostra con sufficiente chiarezza che le posizioni giuridiche individuali più funzionali al processo di integrazione – e quindi maggiormente coerenti con la struttura fondamentale di quest'ultimo, che la corte contribuisce peraltro a plasmare – ricevono un'applicazione pretoria assai più penetrante di quelle che, presso altre sedi, si pongono al centro dell'assiologia costituzionale.

Considerazioni simili – ma una disamina completa, dati gli sviluppi recenti, porterebbe troppo lontano – possono essere svolte su un altro tema di particolare rilievo, quale il rispetto della *rule of law* e, in particolare, di quel suo tassello fondamentale che concerne l'amministrazione della giustizia ad opera di un giudice terzo e soggetto soltanto al diritto. Infatti, il lento scivolamento di alcuni stati membri verso moderne forme di autoritarismo ha a lungo incontrato una reazione timida delle istituzioni [in letteratura v. R.D. KELEMEN, *The European Union's authoritarian equilibrium*, in

Journal of European Public Policy, 2020, 481 – vedi anche il caso delle incertezze in ordine all'esecuzione del *Rule of Law Conditionality Regulation*, e le relative osservazioni di N. KIRST, *Rule of Law Conditionality: The Long-awaited Step Towards a Solution of the Rule of Law Crisis in the European Union?*, in *European Papers*, 2021, n. 6, 101 ss.], finché non è stata posta a repentaglio l'autonomia della magistratura dal potere politico, la quale è funzionale alla garanzia della *primauté* del diritto europeo, cioè il perno su cui è edificata quella che non a caso vuole definirsi nei termini di una comunità di diritto.

Anche nel caso della *rule of law*, l'operato delle Istituzioni europee acquista un'efficacia e una nettezza particolari laddove si tratta di garantire la funzionalità complessiva del progetto di integrazione sovranazionale e quindi laddove esso si muova in una linea di coerenza con la struttura fondamentale di quest'ultimo.

I due sondaggi proposti portano a ribadire quella constatazione che a più riprese si è formulata nelle risposte precedenti. Le Corti si muovono in uno spazio giuridico-politico che esse contribuiscono a delineare, ma dal quale non possono certo astrarsi completamente. A sua volta, nell'area europea, questo spazio è forgiato dallo sviluppo di un progetto di integrazione sovranazionale che presenta caratteri storicamente determinati e che *orienta* quanto posto in essere dai principali attori in gioco (in primis, la Corte di giustizia, ma anche la commissione e gli Stati membri). Ciò spiega per quale motivo una decisione come quella resa in *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros* [sent. 26.06.2014, C-264/12] era difficilmente evitabile nel contesto degli anni appena successivi alla cd. crisi del debito, in quanto avrebbe fatto tremare dalle fondamenta il principio di stretta condizionalità; parimenti, con ogni probabilità la medesima Corte oggi deciderebbe lo stesso caso in modo diverso.

Queste considerazioni hanno un duplice precipitato. Da un lato, spiegano il possibile evolversi della giurisprudenza della Corte di giustizia e forniscono una chiave interpretativa sulla cui base immaginare questa stessa evoluzione laddove maturi una maggiore sensibilità europea in favore dei diritti sociali e delle politiche volte a promuovere l'emancipazione e lo sviluppo della persona. In tale contesto, appare naturale che si apra anche lo spazio necessario ad un maggior protagonismo del CEDS.

Al contempo, le considerazioni che precedono segnano ancora una volta il perimetro entro cui una tale evoluzione è destinata a compiersi: quello segnato dalla struttura fondamentale dell'Unione e dai caratteri essenziali di un processo di integrazione, che non ha smarrito affatto la sua trazione economicista.

CLAUDIO PANZERA

Anche a tale riguardo ovviamente è arduo fare previsioni affidabili a lungo termine. Il contesto emergenziale della crisi economico-finanziaria, nel quale sono maturate le politiche di *austerity*, ha in effetti spinto la Corte di giustizia ad assumere un basso profilo (di *self-restraint* o, secondo i punti di vista, di disimpegno), che le ha evitato di pronunciarsi nel merito di questioni "scomode" in quanto in grado di mettere

in discussione l'azione politica delle istituzioni europee [ordd. 27 novembre 2012, T-541/10 e T-215/11, *ADEDY*; ord. 7 marzo 2013, C-128/12, *Sindicato dos Bancários do Norte*]. Ugualmente è accaduto in altro contesto emergenziale, quello legato alla crisi migratoria del 2015-2016, in particolare con la questione dei visti umanitari [sent. GS 7 marzo 2017, C-638/16 PPU, *X. e X.*]. Sul piano formale, tale esito è giustificato con i limiti di intervento del giudice dell'Unione, perlopiù relativi all'ambito di applicazione del diritto di cui quest'ultimo è scrupoloso custode, in dipendenza dell'invocazione tra i parametri europei della Carta UE dei diritti.

Si tratta, peraltro, di atteggiamenti comuni alle Corti nazionali apicali, chiamate in forza di questa posizione a riservare speciale attenzione al contesto giuridico-istituzionale o anche politico-sociale in cui la loro decisione – trascendendo il caso che l'ha originata – è destinata ad incidere. Contesto che, per l'ordinamento UE, non riguarda solo l'azione intrapresa dalle istituzioni sovranazionali, ma altresì l'equilibrio nel riparto verticale di competenze tra Unione e Stati membri.

Di contro, nei medesimi anni è cresciuto il ruolo del CEDS, rivelatosi fra gli organo di controllo su scala europea quello più affidabile per la tutela dei diritti sociali, pur nella limitatezza degli strumenti a propria disposizione (è considerato un *quasi-judicial body*). Significative, fra le altre, la sua difesa del diritto ad un livello di vita dignitoso dei pensionati greci, messo a rischio dalla draconiana cura imposta negli anni dell'*austerity* [decisioni del 7 dicembre 2012 sul merito dei reclami nn. 76- 80/2012, *IKA-ETAM et al./Grecia*, anticipati dalla dec. del 23 maggio 2012 sul merito del reclamo n. 66/2011, *GENOP-DEI* e *ADEDY/Grecia*], nonché il diverso equilibrio tra libertà economiche e diritti sindacali propugnato nel seguito nazionale della nota sent. *Laval* della Corte di giustizia [dec. del 3 luglio 2013 sull'ammissibilità e sul merito del reclamo n. 85/2012, *LO-TCO/Svezia*]. Il protagonismo del CEDS, indubbiamente favorito dal *self-restraint* delle Corti di Lussemburgo e Strasburgo in materia, ha aumentato la visibilità della Carta sociale europea ed esteso il suo impiego in ambito nazionale, per il tramite ora di un'integrazione del parametro nel giudizio di costituzionalità [come in Italia, a partire dalle sentt. cost. 120 e 194/2018, benché in forma non pienamente vincolante], ora di una diretta applicazione del trattato nell'ambito del giudizio di convenzionalità (come in Francia e Spagna), ancorché resti in genere discussa l'efficacia giuridica da riconoscere in ambito domestico alle decisioni del Comitato.

La graduale emersione della CSE come termine di riferimento complementare e aggiuntivo della CEDU non può non riverberare i suoi effetti anche sul diritto dell'Unione, se non altro per il rischio – sempre meno improbabile e infrequente – che sia proprio l'attuazione nazionale di quest'ultimo a far insorgere una responsabilità dello Stato per violazione della Carta sociale. Infatti, per quanto il Comitato faccia costante rinvio nelle sue decisioni alle altre Carte europee e alle rispettive giurisprudenze, praticando un metodo interpretativo coerente con il principio di indivisibilità dei diritti fondamentali, tale organo ha comunque escluso che in favore del diritto dell'Unione operi alcuna presunzione di conformità alla Carta, come viceversa affermato dalla Corte di Strasburgo per la CEDU (dottrina *Bosphorus*).

Quali, dunque, le strade da percorrere per favorire una maggiore "sinergia" nella garanzia dei diritti sociali in ambito europeo? Ne indico soltanto tre, di diversa ampiezza e difficoltà, ponendole in ordine di probabilità decrescente.

La prima è quella di un avanzamento del livello di integrazione politica con conseguente adeguamento del quadro di competenze in favore dell'Unione. Le sfide poste dall'aumento delle disuguaglianze nel mondo, dall'emergenza climatica, dall'inarrestabile crescita dei flussi migratori, dalla gestione dei rischi sanitari globali – per citarne solo alcune – sembrano per certi versi richiedere un tale passo, che tuttavia appare al momento di ardua realizzazione pratica (non soltanto a causa della controspinta politica di populisti e sovranisti, ma per ragioni più profonde e strutturali attinenti alla complessa edificazione di una comunità politico-democratica su scala sovranazionale).

La seconda è rappresentata dalla introduzione nei Trattati di una clausola di adesione dell'Unione alla Carta sociale analoga a quella disposta in relazione alla CEDU. Ciò sarebbe senz'altro coerente con l'originaria concezione delle due Carta sorelle del Consiglio d'Europa come un *unicum* e con il rilievo formale loro tributato dal diritto primario dell'Unione; tuttavia, lo stallo determinatosi con riguardo alle procedure di adesione alla Convenzione rende ancor più remota l'eventualità prospettata.

La terza ipotesi prescinde da laboriose revisioni formali e si sostanzia in un maggior impegno ermeneutico della Corte di giustizia nel cogliere e valorizzare i reciproci rimandi tra la Carta di Nizza e la Carta sociale (che non casualmente è una delle fonti di ispirazione della prima), accettando finalmente di "dialogare" a distanza con il Comitato, nel tentativo di prevenire la divergenza fra vincoli esterni gravanti sugli Stati membri di cui s'è detto. Se quest'ultima, che appare una via già adesso percorribile, potrà essere imboccata sulla sola base dell'*input* offerto dal *Next Generarion EU* (e del suo principale riferimento in materia: il Pilastro europeo dei diritti sociali) costituisce una scommessa sulla quale sembra prematuro sbilanciarsi.

FIAMMETTA SALMONI

Il problema è sempre lo stesso. Il contesto europeo è solo apparentemente più attento alla dimensione sociale, quindi non vedo per quale motivo dovrebbero cambiare le cose. Per essere onesti una cosa va detta. Perché inizialmente la Corte di giustizia tutelava i diritti sociali soltanto in via *mediata* e *indiretta*, in funzione della garanzia delle quattro libertà fondamentali sancite dai Trattati (la libertà di circolazione dei fattori produttivi e il diritto di stabilimento) tutte tese all'affermazione del mercato unico. Il giudice lussemburghese, insomma, non potendo far leva su solide e inequivocabili basi normative aveva riconosciuto e garantito alcuni diritti sociali in funzione, da una parte, degli innumerevoli divieti di discriminazione presenti nei Trattati dall'altra, della tutela delle suddette libertà economiche. Ciononostante, gli effetti che discendevano da queste pronunce erano pressoché i medesimi che si

sarebbero avuti nel caso in cui la Corte avesse tutelato *direttamente* il diritto sociale, con la conseguenza che esse non potevano che essere riguardate con un certo atteggiamento di favore, portando comunque al risultato di riconoscere e talvolta persino ampliare la garanzia del diritto sociale in questione. Insomma, incredibilmente, proprio attraverso questa tutela indiretta, alcuni dei diritti sociali che in precedenza, a livello sovranazionale, non erano neanche riconosciuti, avevano finalmente trovato una qualche garanzia. Poi è scoppiata la crisi dei debiti sovrani che, come ben sappiamo, ha travolto le economie di alcuni Stati membri. In quegli anni, che sono poi gli anni delle misure poste in essere per contrastare la crisi economico-finanziaria e quindi dell'*austerity*, la Corte di giustizia ha mostrato un attivismo senza precedenti, che, tuttavia, ha portato a pronunce spesso incoerenti e difficilmente ricostruibili attraverso un qualsivoglia *fil rouge*, rese, come sono state, dalla rincorsa dell'emergenza anche in ambito giurisdizionale. C'è tutta una giurisprudenza sovranazionale, infatti, nella quale la violazione e la compressione dei diritti sociali, altrimenti illegittima, è stata giustificata in virtù dell'emergenza economica, che, invece, non avrebbe dovuto per alcuna ragione consentire le deviazioni che si sono avute dalla versione sin troppo *soft* dello Stato di diritto da parte delle Istituzioni europee, Corte di giustizia inclusa. Ovviamente ci sono state delle eccezioni (ad es. le sentt. del 2018 sulle ferie annuali retribuite), ma in generale -negli anni della precedente crisi- nel bilanciamento tra le ragioni dell'economia e le ragioni del sociale, hanno prevalso, come quasi sempre accade a livello sovranazionale, quelle dell'economia. Oggi, in piena crisi pandemica, dubito fortemente che le cose possano andare in maniera diversa. L'ondata virale, insomma, è servita a riaffermare l'interdipendenza delle economie degli Stati UE e l'importanza di un mercato unico pienamente operativo. Bisognerà, quindi, garantire che esso riprenda a funzionare correttamente anche perché "tre delle quattro libertà di circolazione hanno risentito gravemente degli effetti della pandemia: la circolazione delle persone, dei beni e dei servizi (...) ma la ripresa comporterà il pieno ripristino di tutte e quattro le libertà", inclusa quella dei capitali, elemento chiave nell'approfondimento dell'Unione economica e monetaria", così come la politica di concorrenza dell'UE che dovrà adeguarsi "al mondo di oggi" [Comunicazione della Commissione, *Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione*, Bruxelles, 27 maggio 2020, COM(2020) 456 *final*]. Siamo davvero di fronte ad un "contesto europeo più attento alla dimensione sociale", come scritto nella domanda, che segna una svolta importante nel funzionamento delle politiche sovranazionali? A me sembra di no. Credo, anzi, che ci si trovi di fronte al classico approccio ordoliberistico sovranazionale, per cui la solidarietà è realizzata attraverso il mercato, nel rispetto del principio della stabilità finanziaria e di quello della libera concorrenza, che sono e rimangono i principi fondanti dell'ordinamento dell'UE. Anche il Pilastro europeo dei diritti sociali è una bella dichiarazione di principio o poco più. Perché consta di due atti di *soft law* [la raccomandazione 2017/761 e la *Joint Declaration* sottoscritta dai tre Presidenti del Consiglio, del Parlamento europeo e della Commissione] ed enuncia 20 principi formulati in maniera molto generale, non incidendo «sui diritti e principi già contenuti in disposizioni vincolanti del diritto

dell'Unione», ma «riunendo diritti e principi fissati in momenti diversi, in modi diversi e in forme diverse», in tal modo mirando «a renderli più visibili, più comprensibili e più espliciti per i cittadini e per gli attori a tutti i livelli» [Comunicazione della Commissione, 26 aprile 2017, COM(2017) 250]. Diritti e principi, dunque, che, proprio per l'essere previsti in atti di *soft law* non sono direttamente applicabili, né, men che meno, giuridicamente azionabili. Spetterà poi alle Istituzioni dell'Unione e, soprattutto (alla luce della ripartizione delle competenze prevista nei Trattati), agli Stati membri, dare seguito e concreta attuazione a tali principi. In questo contesto, purtroppo, non vedo come il Comitato europeo dei diritti sociali possa incidere significativamente sulla tutela dei diritti sociali. Svolgerà, come sempre, un ruolo di *moral suasion* subordinato, tuttavia, al ripristino della completa funzionalità del mercato unico. Meglio di niente? A Roma, dove vivo, direbbero "consoliamoci così"…

ALESSANDRO SOMMA

Se l'Unione europea costituisce un dispositivo neoliberale, questo dipende anche dal catalogo dei diritti fondamentali contemplato dalla sua architettura.

Quel catalogo comprende innanzi tutto i fondamenti dell'economia sociale di mercato (fortemente competitiva): concetto richiamato nei primi articoli del Trattato sull'Unione europea, che i più reputano alludere a una sorta di capitalismo dal volto umano, e che invece rinvia a uno schema ben preciso. Intendiamo lo schema sintetizzato dal legislatore tedesco nel momento in cui ha precisato che il concetto allude a un ordine economico fondato su "proprietà privata, libera concorrenza, libera formazione dei prezzi, e circolazione fondamentalmente libera di lavoro, capitali, beni e servizi" [Vertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik del 18 maggio 1990].

A ben vedere la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non ha inciso su questo assetto, dal momento che non ha contemplato un sistema di diritti sociali e a monte non ha introdotto il principio di parità sostanziale: considera l'uguaglianza come mera parità davanti alla legge, semplicemente precisata da un ampio divieto di discriminazione che semplicemente la specifica. Il tutto mentre alcuni pallidi riferimenti ai diritti sociali sono accompagnati dalla precisazione per cui questi sono riconosciuti secondo le modalità stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali: una formula che sottrae al diritto fondamentale la funzione di criterio direttivo collocato in posizione apicale. E mentre una disposizione precisa che la Carta impone il "rispetto" dei "diritti" ma la sola "osservanza" dei "principi" in essa contenuti, e i lavori preparatori segnalano che i principi sono quelli relativi ai diritti sociali, diversi dagli altri diritti nella misura in cui per la loro implementazione può essere necessario un atto legislativo o esecutivo.

A queste condizioni non vi sono margini per alterare l'essenza della costruzione europea, ovvero per intaccare il suo costituire un dispositivo neoliberale concepito per alimentare quanto si è voluto dire con l'espressione "economia sociale di mercato": che

il mercato è una istituzione sociale in quanto tale. Con il risultato che l'inclusione sociale deve essere fatta coincidere con l'inclusione nel mercato e che nel merito i pubblici poteri devono operare per assicurare il funzionamento del principio di concorrenza: per renderlo uno strumento di direzione del comportamento dei consociati.

***

I PARTECIPANTI AL FORUM

Elviro Aranda Álvarez, Catedrático de Derecho constitucional – Universidad «Carlos III» de Madrid

Paolo Bianchi, Professore ordinario di Diritto pubblico comparato – Università degli Studi di Camerino

Vincenzo Casamassima, Professore associato di Diritto costituzionale – Università degli Studi del Sannio di Benevento

Andrea Guazzarotti, Professore associato di Istituzioni di Diritto pubblico – Università degli Studi di Ferrara

Cristina Luzzi, Assegnista di ricerca di Diritto costituzionale – Università di Pisa

Simone Marinai, Professore associato di Diritto dell'Unione Europea – Università di Pisa

Edmondo Mostacci, Ricercatore a t.d. lett. B) di Diritto pubblico comparato – Università degli Studi di Genova

Claudio Panzera, Professore associato di Diritto costituzionale – Università degli Studi «Mediterranea» di Reggio Calabria

Fiammetta Salmoni, Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale – Università degli Studi «Guglielmo Marconi» Telematica

Alessandro Somma, Professore ordinario di Diritto privato comparato – «Sapienza» Università di Roma