



# DIRITTO PUBBLICO EUROPEO

*Rassegna on line*

Fascicolo n. 2/2018  
ISSN 2421-0528

## SOMMARIO\*

Luigi Sica – *Procedura, tecnica, politica. La nuova governance economica: analisi di un processo costituente europeo tra ideologia e materialità.* (p. 2)

Salvatore D'Acunto e Domenico Suppa – *Crisi della regolazione neo liberista ed esplosione dei debiti sovrani: il caso dell'Unione europea* (p. 42)

Renata Maddaluna – *Libertà di cura e scelte di fine vita : la nuova legge sul biotestamento* (p. 83)

Alessandra Cautela – *Legge n. 40/2004: l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sulla normativa in materia di procreazione medicalmente assistita* (p. 106)

Luca Longhi – *Ruoli e responsabilità dell'operatore giuridico nel contesto del diritto globale. L'ipotesi del riconoscimento costituzionale della figura dell'avvocato* (p. 140)

Guido Saltelli – *La legittima trasformazione di una società per azioni in azienda speciale: ultimo orientamento del Consiglio di Stato*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018 (p. 184)

Notizie sugli Autori (p. 205)

---

\* Secondo la data di pubblicazione.



## PROCEDURA, TECNICA, POLITICA. LA NUOVA GOVERNANCE ECONOMICA: ANALISI DI UN PROCESSO COSTITUENTE EUROPEO TRA IDEOLOGIA E MATERIALITÀ\*.

di Luigi Sica\*\*

2

**Sommario.** 1. Prospettive di assorbimento della *governance* economica europea all'interno dell'ordinamento eurounitario. 2. La reazione intergovernativa alla crisi dell'eurozona: i fondi salva-Stati e il *fiscal compact*. 3. Il custode della Costituzione monetaria: il ruolo della BCE tra economia politica e politica economica. Autonomia e indipendenza. 4. Il custode della Costituzione monetaria: il ruolo della BCE tra economia politica e politica economica. Gli interventi. 5. Il ruolo della BCE tra costruttivismo e spontaneismo: scontro latente ed esplicito tra due identità profonde del progetto europeo. 6. Legittimazione tecnocratica vs legittimazione politica? La caratterizzazione ideologica della Costituzione europea in senso materiale a cavallo tra gli Stati e l'Unione. 7. Dalla proprietà al lavoro, dal lavoro al credito: il fondamento materiale della Costituzione europea a cavallo tra gli Stati e l'Unione.

### 1. Prospettive di assorbimento della *governance* economica europea all'interno dell'ordinamento eurounitario.

Vinto dai torpori natalizi e per lo più distratto dalla incipiente campagna elettorale, il dibattito pubblico italiano, a cavallo tra la fine del 2017 e l'inizio del 2018 è parso – sebbene spronato da alcuni pregevoli spunti<sup>1</sup> – per lo più indifferente rispetto ad una scadenza che probabilmente avrebbe meritato un'attenzione più diffusa.

A norma dell'articolo 16 del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria (il cd. *fiscal compact*), infatti, «al più tardi entro 5 anni

---

\* *Sottoposto a referaggio*

\*\* Dottore di ricerca di Diritto dell'economia e tutela delle situazioni soggettive, Università degli studi di Napoli Federico II.

<sup>1</sup> Ci si riferisce a *L'appello: superare il Fiscal compact per un nuovo sviluppo europeo* a firma di una serie di importanti personalità del mondo economico apparso su *Economia e Politica* il 7 dicembre del 2017. L'appello svolge una acuta analisi in ordine agli effetti economici che le misure di austerità hanno prodotto sul perdurare della crisi, prima, e sul raffreddamento della crescita, poi. In particolare si evidenzia la necessità di 1) scorporare gli “investimenti pubblici dal computo del disavanzo”; 2) individuare una diversa procedura di calcolo del “PIL potenziale” e di accertamento degli scostamenti; 3) modificare il riferimento al valore del 60% come livello-obiettivo dei debiti pubblici, comprensibile, forse, all'inizio degli anni '90, quando il valore medio dei debiti pubblici degli Stati della Comunità europea oscillava, appunto attorno a quel valore, ma che risulta incomprensibile oggi che il valore di quella media ha superato il 90% del PIL.

dall'entrata in vigore del trattato stesso, sulla base dell'esperienza maturata in sede di attuazione, sono adottate sulla base del Trattato sull'Unione Europea e sulla base del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, tutte le misure necessarie per incorporare il [...] trattato nell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea". Essendo il trattato internazionale entrato in vigore il 1° gennaio 2013, con l'anno nuovo si poneva la questione di fare i conti con la norma dell'articolo 16 e di decidere se e come trasfondere nel complesso ordinamentale dell'Unione europea il *fiscal compact in primis* e tutti quegli accordi pattizi che avevano costituito parte importante della risposta dell'Europa alla crisi degli anni '10. La sfida per le Istituzioni europee dunque è diventata, in questa fase, quella di riportare nell'alveo del diritto eurounitario tutto il complesso normativo della *governance* economica europea.

Come è noto, quella profonda riforma del sistema della *governance* economica europea che, sulla spinta della crisi dei debiti sovrani, è stata articolata a partire dal 2011 si è sviluppata su un triplice piano. Il primo piano è stato quello dell'ordinamento dell'Unione Europea, con una serie di atti normativi tipici di rango primario, come i regolamenti del *six pack*, del *two pack* o il regolamento che istituisce il Meccanismo europeo di Stabilità finanziaria. Il secondo piano è stato quello del diritto internazionale pattizio, con una serie di trattati stipulati tra una parte numericamente e politicamente significativa degli Stati dell'Unione: il Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la *governance* nell'Unione economica e monetaria (cd. *fiscal compact*) e il Trattato che ha istituito il Meccanismo europeo di stabilità (uno dei tre fondi salva-Stati, come si vedrà in seguito). Il terzo piano sul quale si è articolata la risposta europea è stato dominato dalla attività della Banca centrale europea che, muovendosi sul sottile crinale tra politica monetaria e politica economica, ha strutturato una inedita cornice istituzionale di intervento nell'economia dell'eurozona; questo intervento si è sviluppato probabilmente anche al di là della lettera degli stessi Trattati istitutivi (si pensi alla stagione delle lettere di indirizzo ai governi da parte della Bce, alla politica del "*whateverittakes*" e al *quantitative easing*). Quest'ultima modalità di risposta, fortemente incardinata nella tradizione funzionalista propria del processo di realizzazione dell'integrazione europea, ha incontrato, per quanto riguarda le politiche monetarie non convenzionali, l'opposizione di istituzioni pubbliche e di settori importanti del dibattito politico in alcuni importanti Stati europei, *in primis* in Germania (Fdp, Afd, CSU parte della CDU e *Bundesbank*), ma ha tuttavia trovato sempre copertura

e legittimazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Al di là delle iniziative normative eurounitarie e della prassi operativa delle BCE, resta il fatto che una serie di passaggi decisivi per la ristrutturazione delle procedure della *governance* economica e monetaria europea non è avvenuta (per lo più) nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione Europea. Dai salvataggi dei paesi prossimi ad una crisi debitoria (come Grecia, Portogallo, Spagna), al rafforzamento della procedura di controllo multilaterali dei bilanci pubblici, così come pure la presa d'impegno degli Stati contraenti di inserire nei rispettivi ordinamenti nazionali regole stringenti sull'equilibrio di bilancio, le risposte degli Stati alla crisi hanno, nel merito, reso più strutturate le interdipendenze continentali (altra cosa chiaramente è valutarne la plausibilità sul piano politico), ma hanno anche messo in crisi quel modello comunitario che era stato, almeno fino alla grande crisi, il più efficace strumento di integrazione<sup>2</sup>. Le cause dell'affermazione di questa "Europa intergovernativa", su un tema cruciale come quello della risposta continentale alla crisi dei debiti sovrani, sono state molteplici: necessità di un intervento immediato, avanti al precipitare della situazione finanziaria di alcuni Stati obiettivo, di forti e repentine operazioni speculative; la coincidenza solo parziale tra Stati membri dell'Unione europea ed eurozona (con la significativa eccezione del Regno Unito); ma anche una certa incapacità della Commissione Barroso di gestire il processo, unita alla volontà dei Governi di limitare i poteri di intervento del Parlamento europeo. Per quanto riguarda i piani di salvataggio, poi, non è da sottovalutare la volontà dei Governi dei Paesi creditori di una gestione e di un controllo sostanzialmente diretti delle risorse pubbliche con cui si andavano a puntellare i bilanci pubblici degli Stati prossimi ad una crisi debitoria.

Era, tuttavia, piuttosto naturale che, finita la fase emergenziale e avviatosi il processo che dovrebbe – salvo colpi di scena – portare fuori dall'Unione europea il Regno Unito, la

---

<sup>2</sup> In questo senso la ristrutturazione dei meccanismi di *governance* economica europea di fronte alla crisi dei debiti sovrani può essere parzialmente sovrapposta ad altre vicende nelle quali lo sviluppo di una disciplina sostanziale continentale si era manifestata sul piano del diritto internazionale generale – e dunque su un piano intergovernativo – per essere poi sussunta nell'ambito del diritto comunitario prima ed eurounitario poi. Si pensi in particolare alla disciplina comune sul diritto d'asilo, nata con la Convenzione di Dublino del 1990 e poi, avvenuta la comunitarizzazione del terzo pilastro a seguito del trattato di Amsterdam, trasfusa nel Regolamento UE n. 604/2003; su questi profili, più recentemente M. A. Gliatta, *La garanzia costituzionale del diritto di asilo e il sistema di tutela europeo dei richiedenti protezione internazionale*, in *federalismi.itn*. 3/2017. In questo caso appare chiaro come l'intervento intergovernativo, svolto sul piano del diritto internazionale generale, sia stato reso necessario dalla mancanza di competenze in capo all'allora Comunità, competenze che poi sono state attivate nella forma di una ampissima recezione del trattato internazionale e della trasfusione del suo contenuto in un atto secondario dell'Unione.

Commissione e il Parlamento europeo avrebbero provato a riguadagnare quel protagonismo perso nei confronti sia degli Stati che della BCE.

In questo senso la Commissione il 6 dicembre del 2017 ha presentato un pacchetto composito di proposte volte ad «approfondire l'Unione economica e monetaria dell'Europa».

Nello specifico la proposta si articola essenzialmente attorno a quattro elementi: 1) l'istituzione, nell'ambito del diritto dell'Unione, di un *Fondo monetario europeo* che superi e incorpori il Meccanismo europeo di stabilità; 2) l'incorporazione nell'ordinamento dell'Unione del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria; 3) il potenziamento del bilancio europeo, da attuarsi con l'elaborazione di strumenti idonei a supportare le riforme strutturali degli Stati membri e a svolgere funzioni di stabilizzazione economica con il mantenimento degli investimenti nei casi di grandi *shock* asimmetrici<sup>3</sup>; 4) l'individuazione, già possibile alla stregua dell'attuale formulazione dei Trattati istitutivi, di un c.d. *Ministro dell'Economia e delle Finanze europeo* che, che presieda l'Eurogruppo e, riunendo tutte le competenze in materia, sieda, a partire dal prossimo mandato, nella Commissione europea con rango di vicepresidente. Sulla base di questo schema generale, la Commissione ha presentato: 1) una proposta di Regolamento volto a costituire un Fondo monetario europeo che assuma la funzione di gestire le crisi debitorie e, in prospettiva, le crisi bancarie degli Stati dell'Unione, andando a sostituire il precedente Meccanismo europeo di stabilità; 2) una proposta di Direttiva volta ad integrare nell'ordinamento dell'Unione la disciplina sostanziale del c.d. *fiscal compact* così come stabilizzatasi nella prassi attuativa, anche in adempimento a quanto disposto dall'articolo 16 dello stesso Trattato;

Si apre, come è evidente, una partita importante per l'assetto complessivo della *governance* economica e monetaria europea, considerando anche che, da oggi alle elezioni europee previste per il maggio del 2019, verosimilmente le Istituzioni e gli Stati membri avranno formalizzato un accordo di massima sulle Prospettive finanziarie e sulle linee fondamentali del *Quadro finanziario pluriennale*<sup>4</sup> e i Governi avranno provveduto ad individuare il

<sup>3</sup> A. Quadro Curzio, *Da Bruxelles un progetto troppo fragile*, in *il Sole 24 ore*, 9 dicembre 2017.

<sup>4</sup> Come è noto l'accordo sulle Prospettive finanziarie e il Quadro finanziario pluriennale rappresentano la cornice complessiva di medio-lungo termine all'interno della quale vengono poi approvati i singoli bilanci annuali dell'Unione europea. «L'adozione delle Prospettive finanziarie [...] viene operata, a decorrere dal 1988, mediante la conclusione di Accordi interistituzionali tra il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione, allo scopo di assicurare, nei limiti delle risorse proprie, l'ordinato andamento delle spese

successore di Mario Draghi alla guida della BCE, il cui mandato scade nell'ottobre del 2019.

Le pagine che seguono ripercorreranno il tragitto che, attraverso la crisi, ha portato gli Stati e le Istituzioni europee a ristrutturare radicalmente i meccanismi della *governance* economica, prima al di fuori dell'ordinamento eurounitario, poi, probabilmente, in futuro, nell'ambito di esso.

Quello che si descriverà è un processo costituente<sup>5</sup> che struttura in forme nuove e nell'ambito di competenze inedite l'ordinamento sovranazionale e, nel contempo, ristruttura pesantemente gli ordinamenti degli Stati nazionali. Questo processo costituente – come si vedrà – ha una sua ideologia e una sua materialità. L'ideologia è quella fuga dalla politica che sarà definita come *legittimazione tecnocratica*: sostituzione delle decisioni politiche con moduli procedimentali o operativi nell'ambito di una concezione anticonstruttivista e antivolontarista degli ordinamenti giuridici. La materialità del processo costituente è identificabile invece – come si vedrà nelle pagine finali – con la sostituzione della sovranità del lavoro con la sovranità del credito.

## 2. La reazione intergovernativa alla crisi dell'eurozona: i fondi salva-Stati e il *fiscal compact*.

Probabilmente non è peregrino riepilogare sommariamente in questa sede quali interventi sono stati posti in essere a livello europeo per fronteggiare la crisi dei debiti sovrani, a partire dall'inizio della crisi greca, nei primi mesi del 2010 fino, ad ultimo, alla presentazione del pacchetto di riforme da parte della Commissione nel dicembre del 2017. Questi interventi volti alla c.d. *sostenibilità delle finanze pubbliche* hanno seguito tre direttrici.

Le prime due hanno riguardato, rispettivamente, la sostenibilità delle finanze pubbliche dei

---

dell'UE e di migliorare la procedura di adozione del Bilancio annuale. Con i detti Accordi interistituzionali, gli Organismi europei citati riconoscono che ciascuno degli importi stabiliti rappresenta un massimale annuo di spesa per il Bilancio generale dell'UE e si impegnano a rispettare i diversi massimali di spesa nel corso di ciascuna delle corrispondenti procedure di bilancio [...]. La procedura di adozione delle prospettive in parola prevede un'intesa all'unanimità tra i 27 [oggi 28] capi di Stato e di governo”, in questo senso L. Strianese, *Lagovernancedi bilancio: attori e procedure*, in L. Di Renzo e R. Perrone Capano (a cura di), *Diritto della finanza pubblica europea*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2008, pp. 102-103.

<sup>5</sup> Di “processo costituente europeo” parla tra gli altri A. Patroni Griffi, *L'Europa e la sovranità condivisa: appunti di un discorso sulle ragioni del Diritto costituzionale europeo*, in *Diritto pubblico Europeo Rassegna on-line*, gennaio 2015.

paesi vicini ad una crisi debitoria (quello che si potrebbe chiamare il *modello controllo della patologia*) e quelle di tutti i paesi dell'eurozona, annualmente e indipendentemente dalle possibili situazioni di difficoltà finanziaria (quello che si potrebbe chiamare *controllo della fisiologia*). Il terzo tipo di intervento ha riguardato l'insieme di misure poste in essere dalla BCE.

La prima direttrice è rappresentata fundamentalmente dalla creazione e dalla istituzionalizzazione dei c.d. *fondi salva-Stati*. Il modello è noto: per evitare l'insolvenza di alcuni Stati vicini ad una crisi debitoria o comunque con finanze pubbliche di problematica tenuta, sono stati varati dei piani di salvataggio, ad opera di tutti gli altri Stati dell'eurozona, finanziati con risorse pubbliche riconducibili agli Stati stessi, erogate o garantite in proporzione ai rispettivi PIL.

L'obiettivo perseguito era quello di non creare turbolenze nei mercati finanziari e nell'economia reale della zona euro, da una parte, impedendo l'insolvenza di uno Stato membro dell'Unione monetaria, dall'altra, permettendo un ordinato disimpegno delle istituzioni finanziarie private che, nel decennio precedente, avevano investito nei titoli del debito pubblico degli Stati periferici della zona euro.

Questi ultimi presentavano fondamentali non particolarmente tetragoni (notevoli dimensioni del debito e crescita flebile), di conseguenza i rispettivi titoli promettevano rendimenti più alti della media dell'Eurozona, tuttavia i loro debiti pubblici parevano agli investitori comunque sufficientemente garantiti dalla partecipazione alla moneta unica.

In particolare, come è noto, notevole risultava l'esposizione delle istituzioni finanziarie di quei paesi centrali della zona euro – soprattutto delle banche tedesche – che negli anni avevano investito gli enormi *surplus* commerciali accumulati dai rispettivi sistemi produttivi nei titoli del debito pubblico dei paesi periferici dell'Unione monetaria. Salvare le finanze pubbliche degli Stati periferici vicini ad una crisi debitoria (*controllo della patologia*) e fare in modo che altre consimili crisi fossero nel futuro meno probabili attraverso il potenziamento della procedura di controllo multilaterale dei bilanci e l'adozione del principio di pareggio del bilancio da parte degli ordinamenti nazionali (*controllo della fisiologia*) significava dunque anche salvare il sistema bancario europeo, *in primis* le espostissime banche dei paesi centrali dell'eurozona.

I salvataggi sono avvenuti – come è noto – attraverso un sistema di prestiti da parte di vari fondi, puntellando con risorse pubbliche, provenienti dagli altri Stati della zona euro, i

bilanci dei paesi più pericolosamente indebitati. Il prestito veniva erogato a fronte della firma di un *memorandum* di intesa negoziato tra lo Stato creditore e la cosiddetta *Troika* (Commissione europea, BCE e FMI) e successivamente approvato dagli Stati creditori. I *memorandum* di intesa hanno contenuto misure di austerità estremamente gravose, volte a privatizzare patrimonio pubblico, liberalizzare ampi settori di mercati prima regolati, ma soprattutto tagliare la spesa sociale e le retribuzioni nel pubblico impiego, favorire – anche attraverso la disarticolazione dei sistemi di tutela del lavoro subordinato – una svalutazione reale dei salari, essendo ormai divenuta impossibile, con la moneta unica, la svalutazione monetaria.

Il primo strumento messo in campo in questo senso è stato il Meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria, creato con il Regolamento europeo n. 407/2010, con una dotazione di 60 miliardi di euro, per far fronte alla prima manifestazione della crisi del debito greco. Contestualmente, lo stesso Consiglio ECOFIN del maggio 2010, varava il Fondo Europeo di Stabilità finanziaria, avente la forma giuridica di società di capitali di diritto lussemburghese, con capacità di autofinanziamento sui mercati, da realizzarsi attraverso l'emissione di obbligazioni per un valore ben più alto rispetto alla stessa dotazione del MESF.

Nel febbraio del 2012, i diciassette membri dell'eurozona stipulavano un trattato internazionale che istituiva il Meccanismo europeo di Stabilità, vera e propria organizzazione internazionale con un *Consiglio dei governatori*, composto dai Ministri delle finanze degli Stati<sup>6</sup>.

Il secondo ordine di strategie posto in essere – quello che si è chiamato il *controllo della fisiologia* – è consistito nel rafforzamento dei meccanismi di sorveglianza multilaterale sui bilanci degli Stati della zona euro, potenziando e cadenzando le procedure già introdotte con il Patto di stabilità e crescita (regolamenti del *two pack* e del *six pack*) e stipulando il Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la *governance* nell'Unione economica e monetaria (cd. *fiscal compact*): un trattato internazionale concluso tra tutti gli Stati

---

<sup>6</sup> Sui cc.dd. fondi salva-Stati si veda, nell'ambito dell'amplissima bibliografia: G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 128 ss.; R. Dickman, *Governance economica europea e misure nazionali per l'equilibrio dei bilanci pubblici*, Jovane, Napoli 2013, p. 73 ss.; G. L. Tosato, *L'integrazione europea ai tempi della crisi dell'euro*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 3/2012; G. Napolitano, *Il meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5/2012.

dell'Unione ad esclusione di Regno Unito e Repubblica Ceca.

Come è agevole constatare, le risposte alla crisi in questo ambito sono state sia intergovernative (i Trattati) che eurounitarie (i Regolamenti). Se le misure attinenti ai piani di salvataggio miravano ad affrontare le situazioni di patologia della finanza pubblica degli Stati membri, su questo secondo versante di intervento si mirava a regolamentare la dimensione della fisiologia, sulla scia di quello che era stato il progetto dell'Unione economica e monetaria da Maastricht in poi.

Le novità principali che ha conosciuto l'ordinamento eurounitario, in questo campo, hanno riguardato l'implementazione del modulo procedimentale (il cd. *semestre europeo*) di controllo sui bilanci pubblici e il potenziamento dei meccanismi sanzionatori in caso di mancata osservanza da parte degli Stati degli esiti prescrittivi delle suddette procedure. Questi due elementi che hanno strutturato una vera e propria procedura di bilancio dei singoli Stati avanti al Consiglio e alla Commissione europea, parallela a quella che, dagli albori del costituzionalismo, avviene avanti ai Parlamenti nazionali.

Al di fuori dell'ordinamento eurounitario, poi, il sistema è chiuso da due norme di comune matrice convenzionale contenute nel *fiscal compact*: la prima, una sorta di *patto di sindacato*, impone agli Stati firmatari di sostenere, in sede di procedura di controllo multilaterale dei bilanci, le proposte della Commissione; la seconda mira ad ancorare il sistema così delineato agli ordinamenti nazionali, imponendo agli Stati aderenti l'introduzione del principio del pareggio di bilancio nei rispettivi ordinamenti con *disposizioni vincolanti o di natura permanente*, di rango preferibilmente costituzionale<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Che la necessità di trasfondere le norme del Trattato riguardanti l'introduzione del pareggio di bilancio negli ordinamenti interni comportasse l'obbligo di una modifica costituzionale è smentito, oltre che dal tenore lessicale della disposizione in questione, anche e indirettamente dalla pronuncia del *Conseil constitutionnel* francese che, con la sentenza n. 653 del 9 agosto 2012, afferma che dalla stipula del cd. *fiscal compact* non deriva l'obbligo dell'introduzione del pareggio di bilancio in Costituzione. L'argomento secondo il quale l'ordinamento francese, a differenza di quello italiano, avrebbe potuto evitare l'introduzione in costituzione del principio del pareggio di bilancio in quanto avrebbe avuto a disposizione, per ottemperare all'obbligo derivante dal *fiscal compact*, lo strumento della legge organica non regge. Anche l'Italia infatti avrebbe ben potuto modificare la Costituzione inserendo nel testo di essa la possibilità di una legge rafforzata che disciplini l'intera procedura di bilancio (cosa che poi, in realtà, è avvenuta con la legge n. 243 del 24 dicembre del 2012) cui demandare anche la definizione dei vincoli sostanziali del bilancio, senza inserirli invece direttamente in Costituzione. La differenza tra i due modelli (principio del pareggio del bilancio in Costituzione o regola del pareggio in una legge rafforzata) non costituisce un bizantinismo: ugualmente vincolante nei confronti della ordinaria legge di bilancio la legge rafforzata non avrebbe, neanche indirettamente consacrato un principio costituzionale, con tutto ciò che ne deriva ad esempio in termini di possibilità di esercizio dei controlimiti o in sede, ad esempio, di inevitabile bilanciamento con altri principi costituzionali. In questo senso alcune pronunce della Corte costituzionale importanti, sebbene isolate, come ad esempio la sentenza n. 10 del 2015 rappresentano episodi significativi. Sulla giurisprudenza costituzionale francese si veda R. Casella, *Il consiglio costituzionale francese e il trattato sul Fiscal compact*, in *Forum dei*

Non appare affatto peregrina la ricostruzione, sulla quale si tornerà in seguito, di chi ha analizzato la *governance* europea di bilancio, almeno negli aspetti sopra menzionati, come una fuga procedimentale dalla democrazia. Almeno da un punto di vista ideologico, l'Europa, incapace di strutturare una volontà politica propria che si sostanzia in una politica economica e di bilancio, da Maastricht in poi, avrebbe scelto la strada della legittimazione procedurale delle decisioni comuni in materia finanziaria. *I parametri* avrebbero dovuto rendere superfluo il *costruirsi di una volontà politica comune*.

La legittimazione procedurale – rispetto dei parametri e meccanismi di controllo di quel rispetto – avrebbero dovuto sostituire una legittimazione democratica difficile da costruire<sup>8</sup>.

### **3. Il custode della Costituzione monetaria: il ruolo della BCE tra economia politica e politica economica. Autonomia e indipendenza.**

La terza linea d'intervento è quella riconducibile all'attività svolta dalla BCE.

La BCE si può dire sia stata, tra le Istituzioni europee, la vera e, per taluni versi, inaspettata protagonista del decennio che si sta per chiudere.

Lontana dai circuiti della responsabilità politica, essa si è trovata ad agire in un vuoto di potere e in esso ha costruito e ridefinito prepotentemente le proprie funzioni all'interno del quadro politico e ordinamentale dell'Europa. Il motivo di questo suo ampio margine di manovra è da ricercarsi probabilmente proprio nella sua irresponsabilità e nella sua

---

*Quaderni costituzionali*, 26 ottobre 2012; si veda anche A. Saitta, *Fiscal compact tra Trattati Costituzione e politica*, in *Rivista Aic*, n. 4/2017. Sulla non obbligatorietà di una riforma costituzionale in adempimento del cd. *fiscal compact* si veda anche M. Villone, *L'Europa: terra di diritti, crisi, diseguaglianze*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna on-line*, giugno 2015: "la costituzionalizzazione è solo una delle possibilità, richiamata a mo' di esempio. Il che è anche abbastanza ovvio, potendo darsi almeno in astratto il caso di un paese partecipe del patto e sprovvisto di una formale costituzione rigida. Comunque, mai la costituzionalizzazione avrebbe necessariamente dovuto tradursi nell'irrigidimento di uno specifico principio di pareggio di bilancio. Sarebbe bastato introdurre nella gerarchia delle fonti costituzionalmente definite un qualsiasi tipo di legge organica, senza specificazioni di contenuto. Il ricorso alla stessa legge avrebbe poi soddisfatto la richiesta di stabilità. Forse, sarebbe addirittura bastato qualche intervento ben diretto sui regolamenti parlamentari, senza alcuna innovazione costituzionale". Come si vedrà in seguito, la proposta di inserire il principio del pareggio di bilancio in Costituzione era presente nella lettera di indirizzo del Presidente della BCE al Governo Italiano. Per il resto la bibliografia sul tema dell'introduzione del pareggio di bilancio in costituzione è vastissima: si veda a titolo di esempio G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 92 ss., R. Dickman, *Governance economica europea e misure nazionali per l'equilibrio dei bilanci pubblici*, Jovene, Napoli 2013.

<sup>8</sup> È la tesi espressa da J. Habermas, *Questa Europa è in crisi*, Laterza, Roma-Bari, 2012, *passim*, il testo citato è tratto dalla prefazione alla Prefazione.

autonomia che le hanno permesso di sviluppare le proprie competenze in materia di politica monetaria probabilmente anche oltre le proprie funzioni così come delineate dai Trattati. L'origine dell'autonomia e dell'indipendenza della BCE rispetto ai Governi e alle Istituzioni europee può essere rintracciata genealogicamente nello stesso *melieu* ideologico degli analoghi processi di autonomizzazione di altre banche centrali<sup>9</sup>: quella reazione monetarista al keynesismo, affermatasi all'inizio degli anni '80, che ha voluto le Banche centrali garanti della stabilità della moneta e non più finanziatrici degli Stati in un regime di *fiat standard*<sup>10</sup>.

Mentre le altre banche centrali ridefinivano il proprio statuto in termini di accentuazione dell'autonomia e dell'indipendenza soprattutto rispetto ai governi e alle politiche di sostegno dei disavanzi pubblici (si pensi, per quanto riguarda il caso italiano al divorzio tra Banca d'Italia e Tesoro), la BCE nasceva direttamente e radicalmente autonoma e indipendente dalle Istituzioni europee e dai Governi nazionali.

Occorre tuttavia sottolineare come il rapporto tra la Banca centrale e il potere politico si presenti in maniera qualitativamente diversa tra ordinamento Europeo e ordinamenti nazionali.

Mentre tutte le altre Banche centrali vedono i propri rapporti con il potere politico definiti da norme di rango legislativo, la BCE vede il proprio statuto garantito dalle stesse norme dei Trattati<sup>11</sup>. La conseguenza è chiara: mentre negli ordinamenti nazionali l'autonomia e l'indipendenza della Banca centrale sono revocabili in astratto da una semplice decisione parlamentare e con le regole ordinarie del procedimento legislativo, nel caso dell'ordinamento eurounitario questo non avviene.

---

<sup>9</sup> Si veda sul tema del rapporto tra indipendenza della banca centrale e lotta all'inflazione J. M. Buchanan e R. E. Wagner, *La democrazia in deficit. L'eredità politica di lord Keynes*, Armando editore, Roma, 1997, p. 142: "consideriamo il ruolo dell'autorità monetaria che assume una posizione di moneta scarsa, non prendendo in considerazione le rimostranze pubbliche e lo sgomento dei suoi sostenitori politici. Essa può mantenere questa posizione solo finché, e nella misura in cui, il suo isolamento istituzionale è protetto. La sua posizione deve essere fortemente moderata che le autorità politiche possono, se spinte in tal senso, modificare la costituzione monetaria effettiva, imponendo regolamentazioni specifiche o al limite abolendo l'indipendenza della stessa autorità monetaria".

<sup>10</sup> Si veda O. Chessa, *Concorrenza indipendenza della banca centrale e pareggio di bilancio*, Jovene, Napoli, 2016.

<sup>11</sup> In questo senso, come sottolinea O. Chessa, *La costituzione della moneta, cit.*, p. 284, l'indipendenza della BCE configura pienamente il modello di banca centrale indipendente propria del programma della *Constitutional Political economy* e della scuola della *Publicchoice*: "visto che la sua indipendenza è affermata nel trattato e quindi garantita anche rispetto al potere legislativo (sia di quello dell'Unione Europea, sia quello legislativo degli Stati membri dell'Eurozona). L'indirizzo cui deve essere rivolto il governo della moneta è dunque fissato da una fonte normativa che non è nella disponibilità del legislatore democratico o che non lo è se non a condizioni particolarmente gravose".

La fonte stessa (i Trattati) che investe di competenza gli organi rappresentativi, fonda anche lo *status* della BCE. L'autonomia della banca centrale, nel caso dell'ordinamento dell'UE, è sullo stesso piano *costituzionale* della rappresentatività diretta o indiretta delle altre Istituzioni<sup>12</sup>.

#### 4. Il custode della Costituzione monetaria: il ruolo della BCE tra economia politica e politica economica. Gli interventi.

12

Il primo intervento della BCE, rilevante per quanto riguarda le finanze pubbliche<sup>13</sup>, può essere considerato il *Security Market Program*, un programma di acquisto dei titoli di Stato, prima rivolto a Grecia, Portogallo e Irlanda (2010), poi esteso a Spagna e Italia (agosto 2011)<sup>14</sup>. Tuttavia, la centralità della BCE nella risoluzione della crisi dei debiti sovrani è parsa evidente nel settembre del 2011, quando i mezzi di informazione italiani e spagnoli rivelarono che i rispettivi Governi erano stati destinatari di due *lettere* firmate congiuntamente dal presidente della BCE e dai rispettivi governatori delle banche centrali. Le *lettere*, inviate il 5 agosto, nel pieno della bufera finanziaria che si era abbattuta sui titoli dei due Stati, con una corrispondente impennata del differenziale di rendimento con

---

<sup>12</sup> Si veda G. Repetto, *Responsabilità politica e governo della moneta: il caso della BCE*, in G. Azzariti (a cura di), *La responsabilità politica nell'epoca del maggioritario e nella crisi della statualità*, Giappichelli, Torino, 2005, 298: “non si coglierebbe la vera *ratio* distintiva dell'ordinamento del SEBC e della BCE rispetto a quello delle singole banche nazionali, se non si ponesse mente al fatto che, tali garanzie di indipendenza, invece di essere disciplinate, come in quei casi, in via legislativa ordinaria, talvolta addirittura integrate da elemento convenzionali come nel caso della Banca d'Italia, risultano invece nell'ordinamento comunitario dettagliatamente regolamentate da fonti di livello primario come il trattato stesso o lo Statuto SEC-BCE”; e ancora poco oltre “la BCE, a differenza di quanto succede negli ordinamenti interni, non subisce la pressione derivante dal rischio di una modifica su base legale”.

<sup>13</sup> Si intende in questa sede il concetto di “rilevanza degli interventi” della BCE non tanto in relazione agli effetti macroeconomici ma piuttosto in rapporto agli effetti istituzionali degli stessi. In questo senso, anche prima degli interventi di cui si parla nel corpo del testo, la BCE aveva posto in essere misure non convenzionali di contrasto alla crisi (una corposa diminuzione del tasso di interesse e le misure di c.d. “sostegno rafforzato al credito”) ma questi interventi si erano rivolti quasi esclusivamente al sistema bancario. Gli interventi successivi al 2010 invece riguardano direttamente o indirettamente il sostegno alle finanze pubbliche; si veda S. Cesaratto, *L'organetto di Draghi. Seconda lezione: la Bce, la crisi e il raddoppio del bilancio (2008-2011)*, in *Economia e politica*, n. 1/2013.

<sup>14</sup> La misura tuttavia non è giustificata dalla BCE come sostegno alle finanze pubbliche degli Stati ma piuttosto come strumento di trasmissione della politica monetaria, in quanto nella sostanza un alto rendimento dei titoli di Stato genera, nella sostanza, un effetto spiazzamento degli investimenti produttivi, e in particolare in quella determinata fase una stretta creditizia, in questo senso S. Cesaratto, *op. cit.*

*ibundtedeschi*<sup>15</sup>, contenevano veri e propri programmi di governo con misure specifiche di finanzia pubblica e misure volte genericamente a ristrutturare in chiave liberista i sistemi economici e gli ordinamenti nazionali.

Nel caso Italiano, la missiva chiedeva al Governo italiano di adottare misure volte ad aumentare la concorrenzialità dei mercati, con ampie liberalizzazioni dei servizi pubblici locali e dei servizi professionali, e a consentire indirettamente la svalutazione reale dei salari con l'indebolimento della contrattazione collettiva nazionale e con revisione del sistema di tutela dai licenziamenti<sup>16</sup>.

Venivano, poi, le misure propriamente di finanza pubblica: taglio degli stipendi nel pubblico impiego e revisione del sistema pensionistico, introduzione delle clausole di aggiustamento automatico, con l'obbiettivo di anticipare il pareggio di bilancio al 2012 e chiudere il 2011 con un punto di disavanzo.

Non mancavano, infine, misure propriamente istituzionali: l'introduzione del pareggio di bilancio in Costituzione (un anno prima che si incominciasse a discutere di *fiscal compact*), l'abolizione di alcuni livelli amministrativi intermedi come le Province.

Oltre al merito, la missiva indicava anche il metodo: la lettera era inviata ai Governi (e non ai Parlamenti) e consigliava l'uso preferenziale ai fini dell'attuazione di quanto disposto, dello strumento della decretazione d'urgenza<sup>17</sup>. Una ristrutturazione in piena regola e in chiave neoliberista dell'economia nazionale da effettuarsi a mezzo di decreto legge.

La cosa che raramente si sottolinea, tuttavia, in riferimento a questa vicenda di storia istituzionale è il rapporto tra la *lettera*, inviata in maniera riservata il 5 agosto, e il programma di sicurezza del mercato (il *Security Market Program*), nell'ambito del quale la BCE proprio nell'agosto di quell'anno aveva iniziato a comprare proprio titoli italiani e

---

<sup>15</sup> Lo *spread* era arrivato tra il 4 e il 5 agosto a toccare i 390 punti, dai 225 attorno ai quali oscillava un mese prima. M. Scacchioli, *Da Berlusconi a Monti, la drammatica estate 2011 tra spread e rischi di bancarotta*, in *La Repubblica*, 10 febbraio 2014.

<sup>16</sup> In questo senso la richiesta di riforma del mercato del lavoro – una richiesta che in una maniera o nell'altra è stata rivolta a tutti gli Stati più esposti sul piano debitorio – è volta a strutturare dei rapporti di lavoro più favorevoli alla parte datoriale anche nella speranza che questo squilibrio possa provocare una diminuzione dei salari reali e di conseguenza un aumento di competitività degli Stati. Si veda proposito J. E. Stiglitz, *L'Euro. Come una moneta comune minaccia il futuro dell'Europa*, Einaudi, Torino, 2017, p. 21: “i paesi in crisi non hanno potuto ridurre i tassi di cambio, cosa che avrebbe incentivato le esportazioni rendendole più convenienti. Di conseguenza, stando alla *Troika*, per recuperare competitività dovevano ridurre i prezzi e i salari e ristrutturare le rispettive economie allo scopo di renderle più efficienti”.

<sup>17</sup> Ampia descrizione di quella vicenda istituzionale in G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 84 ss.

spagnoli<sup>18</sup>. Le *lettere* in questione, dunque, hanno costituito un vero e proprio atto di indirizzo, totalmente atipico, che la BCE ha prodotto nei confronti dei Governi italiano e spagnolo. Un indirizzo politico che è andato ad esercitarsi nell'ambito di un preciso rapporto di responsabilità: ristrutturazione in chiave neolibérale degli ordinamenti a fronte di un intervento delle BCE sui titoli sovrani volto ad alleggerire il peso della speculazione, aumentarne la domanda e diminuirne il rendimento. In parole povere, credito a fronte di riforme.

Sebbene mai realizzatosi concretamente, altrettanto rilevante dal punto di vista della riallocazione delle funzioni di governo dell'economia può essere considerato il secondo programma della BCE volto all'acquisto di titoli di Stato, le *Outright monetary transactions*, annunciate in un comunicato stampa pubblicato il 6 settembre del 2012.

Il programma, come si diceva mai attuato, si collocava, dal punto di vista strategico, nel solco della politica della BCE che, dal celebre discorso di Mario Draghi del *whatever it takes* del luglio del 2012, mirava a porre la Banca centrale come argine ad una possibile crisi della moneta unica anche a costo di implementare, in maniera sempre più consistente, politiche monetarie non convenzionali<sup>19</sup>.

L'auspicio – peraltro realizzatosi – era che in quella fase l'annuncio di un programma di acquisto illimitato dei titoli di Stato dei paesi soggetti ad un programma di assistenza finanziaria da parte dei due fondi FEFS e MES potesse, di per se stesso, abbassare i rendimenti dei titoli.

Da un punto di vista istituzionale, l'intervento era veramente notevole. La Banca centrale rivendicava il compito di *preserve the Europe*, come diceva il Governatore: non semplicemente difendere la moneta unica, ma salvaguardare l'intero progetto politico eurounitario, un compito a metà tra quello di *lander of last resort* (sebbene con tutti i *caveat*) e quello di *custode della Costituzione*.

A prima vista, quindi, il ruolo della BCE pareva avvicinarsi a quello delle altre banche centrali, almeno nella loro funzione di prestatore di ultima istanza. Nella sostanza, tuttavia,

---

<sup>18</sup> Nella settimana conclusa il 19 agosto la BCE avrebbe acquistato titoli prevalentemente italiani e spagnoli per un valore pari a 14,5 miliardi di euro, si veda *La Bce acquista altri titoli di stato per 14,2 miliardi di euro*, in *la Repubblica*, 22 agosto 2011; l'articolo in questione non è firmato. Sul SMT si veda G. L. Tosato, *L'integrazione europea ai tempi della crisi dell'euro*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 3/2012.

<sup>19</sup> "Nell'ambito del nostro mandato la BCE è pronta a fare di tutto per preservare l'Europa e, credetemi, sarà sufficiente", *Draghi: siamo pronti a fare tutto il necessario per salvare l'Euro. Nessun Paese uscirà da Eurozona*, in *il Sole 24 ore*, 26 luglio 2012.

il modello prefigurato nell'estate del 2012 e, poi, compiutamente realizzatosi con il *quantitative easing* restava profondamente differente, da una parte perché la BCE sarebbe intervenuta sui mercati secondari e non direttamente al momento dell'emissione dei titoli di Stato, dall'altra perché la BCE si sarebbe comunque riservata di acquistare titoli solo nell'ambito di un rigido principio di condizionalità connesso alla previa adesione dello Stato ad un piano di salvataggio nell'ambito dell'FEFS o del MES.

La BCE, insomma, sarebbe intervenuta nel concordare – o a dettare, se si considerano i rapporti di forza sostanziali – le condizioni dell'apertura di una linea di credito da parte dei fondi salva-Stati e indirettamente quindi avrebbe posto, in quella sede, anche le condizioni di accesso alle OMT.

L'altro punto istituzionalmente notevole della vicenda era la conformità almeno dubbia delle misure in questione con il diritto primario dell'UE sotto il duplice punto di vista della loro riconducibilità al concetto di politica monetaria (di competenza della BCE, a differenza della politica economica, di competenza statale) e di possibile violazione del divieto di *bail-out* di cui all'articolo 123 del TFUE.

Non era un caso – *excusatio non petita* – se nell'annunciare la svolta strategica della BCE il presidente Mario Draghi aveva esplicitamente insistito su quel complemento di limitazione *nell'ambito del nostro mandato*, conscio che la politica della BCE inaugurata con il discorso del *whateverittakes* e proseguita, fino al *quantitative easing*, con il ricorso massiccio agli strumenti non convenzionali di politica monetaria, era destinata ad aprire un solco tra Francoforte e la dirigenza tedesca: Governo federale, attori sociali e politici, Bundesbank.

La polemica, a tratti anche dura, esprimeva in maniera chiara una divergenza di interessi tra le *elites* politiche e finanziarie tedesche, intenzionate a costruire la centralità della economia e della finanza tedesca all'interno del continente anche a rischio di compromettere l'attuale assetto dell'Unione economica e monetaria, e gli interessi finanziari più compositi che si sono coagulati attorno alla presidenza della BCE, decisi invece a non deflettere dal livello di integrazione dei mercati dei capitali raggiunto con l'approdo alla moneta comune<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Si veda E. Balibar, *Crisi e fine dell'Europa*, Bollati Boringhieri, Torino 2016, p. 259: “sarebbe del tutto sbagliato credere che esista un'armonia prestabilita tra Berlino e Francoforte, perché l'interesse dell'economia tedesca, che punta a conquistare e mettere al sicuro una posizione privilegiata sul mercato mondiale, non coincide con quello del sistema bancario di cui la Banca centrale europea, diretta da un *ex*

Forte era in Germania l'opposizione ad ogni possibile iniziativa che potesse indirettamente, attraverso l'acquisto da parte della BCE di titoli del debito pubblico dei paesi periferici dell'eurozona, trasformare l'Unione monetaria in una *Transfertunion* e porre la stessa banca centrale come *guardiana della Costituzione monetaria*.

Il conflitto non ha tardato ad approdare avanti al Tribunale costituzionale tedesco che il *guardiano della Costituzione* (della Costituzione tedesca) lo fa per mestiere e non solo per vocazione.

In questo senso, accademici, ONG, giornalisti e politici tedeschi aveva presentato ricorso avanti al *Bundesverfassungsgericht* lamentando la violazione dei propri diritti fondamentali in seguito all'omissione da parte del Governo federale dell'esperimento di un ricorso avanti alla Corte di Giustizia volto a fare annullare il programma OMT.

Il perno attorno a cui è ruotato il ricorso è stato il riferimento a quell'indirizzo della giurisprudenza costituzionale tedesca che tende a considerare ogni atto delle istituzioni europee che sia palesemente contrario al diritto del trattati come *extra vires* e, quindi, indirettamente lesivo della legge fondamentale perché appunto in grado di allocare in ambito europeo funzioni che l'ordinamento costituzionale interno non ha mai ceduto<sup>21</sup>. Oltre alla violazione del Trattato, elemento interpretato nel senso di cui prima come indirettamente lesivo della Legge fondamentale, il ricorso, sulla scorta della precedente giurisprudenza costituzionale tedesca, rilevava anche una lesione del principio democratico.

Per i ricorrenti, infatti, nella sostanza, ogni acquisto della BCE rappresenta indirettamente una spesa in capo al contribuente tedesco, una spesa tuttavia, non autorizzata da adeguata approvazione del *Bundestag*, organo rappresentativo e titolare del potere di bilancio. Il Tribunale costituzionale federale, in quella occasione, intimamente non insensibile gli argomenti dei ricorrenti, ma anche conscio dei dirompenti effetti sistemici che avrebbe potuto avere una pronuncia di accoglimento, decise di non decidere, anche in attesa dell'esito elezioni politiche tedesche che si sarebbero tenute nel settembre del 2013,

---

Goldman Sachs, è la chiave di volta (così come il moralismo aggressivo di Schäuble non è la stessa cosa del pragmatismo speculativo dell'istituzione monetaria, come si vede dagli attriti periodici tra Mario Draghi, presidente della Banca centrale europea e Jens Weidmann, presidente della *Bundesbank*)”.

<sup>21</sup> La dottrina della incostituzionalità dell'atto palesemente contrario al diritto dei trattati, che può essere considerata come una originale declinazione del principio dei controlimiti si ritrova già nella sentenza Honeywell. Si veda in questo proposito anche A. Zei, *La politica monetaria della BCE ancora la vaglia del tribunale costituzionale tedesco*, in *Nomos*, n. 2/2017.

preferendo un rinvio alla Corte di Giustizia, che chiarisse i limiti delle OMT e la sua stessa compatibilità coi Trattati, al fine di poterne valutare a sua volta la compatibilità con la *Grundgesetz*. Decidendo nel giugno del 2015, quando era partita già la politica di alleggerimento quantitativo e non mai il programma OMT, la Corte di Giustizia ha dato piena copertura giuridica all'operato della BCE<sup>22</sup>. I punti su cui la Corte si è espressa sono due: primo, le OMT devono essere considerate interventi di politica monetaria e non di politica economica, di conseguenza non sono atto *ultra vires*; secondo, le OMT non costituiscono misura equivalente ad un finanziamento diretto agli Stati, vietato dall'articolo 123 TFUE.

Per quanto riguarda la prima questione la Corte di Giustizia ha ritenuto che, nel silenzio dei Trattati sulla definizione tipologica di *politica monetaria*, l'unico dato per ricavarne il concetto è quello teleologico e cioè, ex articolo 127 paragrafo 1 del TFUE, il mantenimento della stabilità dei prezzi.

Se questo è il punto di partenza, la Corte rileva che in una situazione economica straordinaria che blocca gli ordinari canali di trasmissione della politica monetaria solo delle misure non convenzionali possono essere utilizzate dalla BCE al fine di adempiere al proprio mandato.

Il Trattato, secondo l'argomentazione della Corte, affida alla Banca centrale ampi margini di esercizio di poteri impliciti coperti da una discrezionalità tecnica giurisdizionalmente insindacabile<sup>23</sup>. Rispetto alla questione della possibile equivalenza delle OMT con un finanziamento diretto un bilancio Statale vietato dall'articolo 123 TFUE, la Corte ha ragionato con un certo realismo politico. Varrebbe, infatti, ad escludere la configurabilità della fattispecie vietata la circostanza per la quale gli acquisti sui mercati secondari nel caso di specie sarebbero finalizzati a garantire la trasmissione della politica monetaria e, fondamentalmente, sarebbero legati ad uno stringente meccanismo di condizionalità che vedrebbe la BCE aprire i cordoni della borsa solo nei confronti di Stati che vincolino le proprie politiche economiche e di bilancio al *memorandum of understanding* sottoscritto

---

<sup>22</sup> Sulla sentenza della Corte di giustizia in materia di OMT si veda F. Pennesi, *Il programma OMT ed il controllo giudiziale delle Corti Supreme Europee sull'azione della BCE. Nota a sentenza della Corte di Giustizia del 16 giugno 2015, nella causa C-62/14, Gauweiler e altri vs BCE*, in *Forum dei quaderni costituzionali*, 13 gennaio 2016; G. Vosa, *Dei molteplici raccordi tra forme di organizzazione politica e tutela dei diritti nello spazio pubblico europeo: oltre la vicenda OMT*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, maggio 2017.

<sup>23</sup> A. Pisaneschi, *Legittimo secondo la Corte di Giustizia il piano di allentamento monetario (OMT) della BCE. Una decisione importante anche in relazione alla crisi greca*, in *federalismi.it*, 1 luglio 2015.

nell'ambito di un accordo di salvataggio ad opera dei fondi salva-Stati.

Letta in filigrana la posizione della Corte di giustizia – si diceva – è realistica: l'articolo 123 ha come scopo quello di eliminare il rischio di azzardo morale degli Stati membri dell'eurozona i quali avrebbero potuto porre in essere politiche economiche particolarmente espansive contando sull'intervento salvifico di un prestatore di ultima istanza comunitario, con effetti inflattivi sull'intera Unione monetaria.

Il meccanismo della condizionalità, tuttavia, ribalta il campo e gli stessi rapporti di forza tra Stato debitore e Banca centrale, rendendo ingiustificato il timore di azzardo morale. Il cortocircuito tra la risoluzione delle due questioni di diritto impostate nella ordinanza di remissione tuttavia appare latente ma comunque rischioso: se la BCE non è prestatore di ultima istanza perché può acquistare i titoli di Stato sul mercato secondario solo nell'ambito di meccanismi di condizionalità, questi meccanismi di condizionalità si sostanziano nella possibilità per la Banca centrale di negoziare la politica economica dello Stato indebitato. L'attribuzione di funzioni di politica economica, neppure europee ma riferite addirittura ai singoli Stati membri, negata in principio ritorna in esito con eguale vigore.

Se con le OMT la BCE aveva programmato – e mai attuato – operazioni dirette sui titoli di Stato, sebbene con acquisti sul mercato secondario, ben più rilevanti dal punto di vista della proporzione di bilancio della Banca centrale impegnata sono state le operazioni rivolte alle banche, al fine di immettere liquidità nel sistema finanziario. Queste operazioni hanno manifestato effetti indiretti anche sui titoli di Stato.

Il primo strumento, in questo senso, è rappresentato dal piano di stanziamento a lungo termine (*long term refinancing operation*). Con la LTRO la BCE proponeva alle Banche prestiti triennali, accettando in garanzia titoli di Stato.

Il secondo e più massiccio intervento è rappresentato dalla politica di alleggerimento quantitativo, il *quantitative easing*, che la BCE ha praticato a partire dal marzo del 2015. Con il *quantitative easing* la BCE prende atto del fatto che, nel perdurare della crisi economica, l'inflazione non rappresenta più di un pericolo concreto e attuale e, allineandosi alle maggiori Banche centrali del mondo (si pensi alla FED o alla Banca del Giappone), avvia una politica di acquisto di titoli nel portafogli delle banche private al fine di immettere

liquidità nel mercato finanziario<sup>24</sup>.

Questa politica di acquisto ha come oggetto anche i titoli di Stato. Dal punto di vista economico, la novità introdotta dal *q.e.* rispetto alle altre precedenti politiche della BCE è il carattere attivo dell'azione della banca centrale.

Mentre in genere e in passato, ad esempio con l'LTRO, la BCE si limitava ad una posizione passiva, coprendo le richieste di liquidità che venivano delle banche private, con il *q.e.* è la Banca centrale che decide *ex ante* quanta liquidità immettere nel sistema.

Gli effetti auspicati dall'operazione sono stati molteplici: stimolare la creazione di credito, stimolare agli investimenti, generare aspettative di inflazione, deprezzare la moneta per rendere più competitive le esportazioni, mettere in sicurezza i bilanci degli istituti di credito e le finanze degli Stati<sup>25</sup>.

Per venire incontro ai dubbi tedeschi, espressi anche nell'ordinanza di remissione del *BVerfG* alla Corte di giustizia nel caso OMT, il rischio dell'operazione viene ripartito: all'80% in capo alle Banche centrali nazionali e in solido per il restante 20%, con una ulteriore ripartizione interna in funzione delle quote di capitale della BCE sottoscritte dai vari Stati. In questo senso le modalità decentrate dell'operazione, almeno per quanto riguarda i titoli di Stato, la risolve in una sorta di partita di giro<sup>26</sup>.

Anche sul *quantitative easing*, come sull'OMT, le forti critiche sviluppatesi in Germania sono sfociate in un ricorso avanti al Tribunale costituzionale. I ricorsi, come nel caso dell'OMT hanno ruotato attorno ai due soliti cardini argomentativi: la qualificazione degli atti della BCE attuativi del *q.e.* come atti *ultra vires* e il mancato rispetto delle prerogative del *Bundestag* in tema di spesa pubblica (gli acquisti di titoli costituirebbero indirettamente una spesa per il contribuente tedesco sul quale non si sarebbe espresso l'organo titolare della rappresentanza popolare).

Anche in questo caso, nonostante i dubbi, il *BVerfG* ha deciso di applicare lo strumento dei

---

<sup>24</sup> Sul tema del *quantitative easings* veda, tra gli altri, G. Luchena, *La BCE vara il programma di quantitative easing. La forza del "dittatore benevolo" e il "sonno del drago"*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, maggio 2015.

<sup>25</sup> S. Cesaratto, *L'organetto di Draghi, cit.*, appare scettico in ordine effetti del *q.e.*, in particolare rispetto alla creazione del credito che, stante la politica di tassi bassissimi della BCE, sarebbe stato un falso problema anche prima del *quantitative easing*. Resta da sottolineare che il deprezzamento dell'euro nella sostanza non è stato un fenomeno particolarmente evidente nell'ultimo triennio.

<sup>26</sup> Secondo Minenna "finendo nell'attivo della banca centrale nazionale quei titoli di Stato diventano de facto sottoposti a legge di diritto estero e quindi se il Paese membro uscisse dall'euro non potrebbe ridurne il valore ridenominandoli nella nuova valuta nazionale e poi svalutandoli ma sarebbe chiamato a restituire alla BCE il loro intero controvalore nominale in euro", in M. Minenna, *QE*, in *Forum Economia CGIL*, 2015.

controlimiti in maniera non conflittuale con l'ordinamento europeo, effettuando un rinvio pregiudiziale avanti alla Corte di giustizia, per valutare della conformità delle misure al diritto eurounitario.

Il ricorso ad oggi è ancora pendente.

### **5. Il ruolo della BCE tra costruttivismo e spontaneismo: scontro latente ed esplicito tra due identità profonde del progetto europeo.**

20

Non è questa la sede per analizzare nel dettaglio economico o giuridico la politica monetaria della BCE.

Resta, però, indubbio che la Banca centrale abbia, durante gli anni della crisi dei debiti sovrani, visto trasformare in maniera importante il proprio ruolo nell'ordinamento europeo e abbia visto crescere enormemente la propria centralità all'interno del complesso delle istituzioni.

Il risultato di questo processo, in parte condizionato dall'emergenza finanziaria, in parte attivamente voluto dalla dirigenza dell'Istituto, è stato il concentrarsi attorno alla BCE di una serie di poteri e di competenze che forse non erano stati neppure immaginati nella fase di costruzione della moneta unica.

La BCE era stata pensata a Maastricht come garante di quella ortodossia monetarista dominante all'inizio degli anni '90 che vedeva nella difesa della valuta dall'inflazione il principale compito della politica monetaria e quindi delle banche centrali; quella difesa era teleologicamente preordinata a garantire il valore dei capitali soprattutto finanziari rispetto all'erosione costituita dai processi inflattivi che avevano dominato il panorama economico degli anni '70 e dei primi anni '80. Si può dire, seguendo questo ragionamento, che le politiche monetariste delle Banche centrali all'inizio degli anni '80 siano state una delle cause del superamento dell'inflazione caratteristica degli anni '70 e la condizione ineludibile della finanziarizzazione dell'economia.

Nel quadro dell'Unione economica e monetaria, dunque, la stabilità dell'euro era funzionale a garantire l'unitarietà e la concorrenzialità dei mercati finanziari europei e, direttamente o indirettamente, anche dei mercati di beni e dei servizi.

Il principio del divieto di finanziamento dei bilanci statali e l'obiettivo istituzionale

primario della lotta all'inflazione, entrambi garantiti dai Trattati, erano e sono chiaramente preordinati a questo scopo. Almeno dal punto di vista di una interpretazione originalista dei Trattati la politica monetaria più ovvia per la BCE sarebbe stata, in ogni frangente, quella volta a mantenere il più stabile possibile la base monetaria, rimanendo passiva rispetto alle esigenze di liquidità del sistema bancario, senza alcuna tentazione di operare neppure sul mercato secondario dei titoli di Stato. Almeno da un punto di vista dell'interpretazione originalista dei Trattati, dunque, quella che potremmo chiamare *lettura tedesca* del ruolo della Banca centrale appare a prima vista piuttosto conferente e fondata.

Tuttavia la BCE opera in un contesto istituzionale che è quello proprio del funzionalismo; all'interno, cioè, di una concezione degli ordinamenti che ha visto, nella storia dell'Europa comunitaria ed unitaria, le competenze delle Istituzioni modularsi non secondo un preciso progetto iniziale ma in funzione della loro capacità di risolvere i problemi concreti che volta per volta si presentavano. Come per tanti altri fenomeni rilevanti dell'ordinamento eurounitario, il governo della crisi posto in essere dalla BCE negli ultimi 8-9 anni – per quanto inimmaginabile a Maastricht – era, è stato ed è l'unico possibile per garantire l'attuale grado di integrazione dei mercati dei capitali. In questo senso, come altre volte nel processo di costruzione dell'Europa unita, la Corte di giustizia non si è sottratta al proprio ruolo di chiusura *ex post* del sistema, fornendo copertura giuridica all'attività della BCE, come la sentenza sull'OMT chiaramente dimostra.

In prima ipotesi e destinando ad altro luogo una più attenta analisi del fenomeno, si può dire allora che sulla questione dei poteri impliciti della BCE arriva alle estreme conseguenze un conflitto latente tra due identità profonde del processo di costruzione europeo e, nel contempo, si fronteggiano due diverse concezioni delle istituzioni proprie del liberismo del secondo novecento: da una parte un'idea costruttivistica del libero mercato e dall'altra una concezione evolucionistica delle istituzioni. In questo senso, si può considerare il tema della costruzione o della spontaneità degli ordini della concorrenza e quello, in questo senso coincidente, del valore contenutistico o metodologico della concorrenza stessa come *la grande dicotomia* del neoliberismo.

Da una parte, l'idea costruttivistica delle istituzioni propria della scuola di Friburgo e della teoria della PublicChoice, dall'altra, l'idea evolucionistica delle istituzioni propria, tra gli

altri, di von Hayek e della scuola di Vienna<sup>27</sup>.

La prima delle due tendenze aveva trovato la sua prima sintesi a livello nazionale in quella applicazione dell'ordoliberalismo che era stata l'economia sociale di mercato nella Germania del secondo dopoguerra.

In quell'ottica, per scongiurare il nuovo insorgere dei grandi monopoli che avevano portato direttamente al trionfo politico del nazismo o indirettamente, per opposizione, al trionfo del bolscevismo, la funzione dello Stato doveva essere quella di *costruire* e difendere un ordine economico e giuridico che fosse pienamente concorrenziale.

Indicativa l'analisi che in proposito svolge Foucault sull'ordoliberalismo tedesco: la funzione di costruzione di un ordine giuridico del mercato concorrenziale era diventato, per lo Stato tedesco uscito dalla tragedia della seconda guerra mondiale, la ragione stessa della propria legittimazione, venuta meno, con il crollo del nazismo, ogni altra fonte di legittimità fondata su una qualche missione storica del popolo tedesco<sup>28</sup>.

Estendendo alla dimensione continentale l'intuizione di Foucault, si potrebbe allora, in

---

<sup>27</sup> Per quanto si tenda ad immaginare il neoliberalismo, soprattutto quello di area tedesca, come un corpo di teorie piuttosto omogeneo, esiste una importante divaricazione di posizioni, in particolare tra i cosiddetti ordoliberalisti della Scuola di Friburgo (Eucken, Röpke, Rüstow, Böhm, Müller-Armack) e gli autori afferenti alla Scuola di Vienna (von Mises e soprattutto von Hayek). Il tema di principale divaricazione probabilmente riguarda la funzione, la struttura e la genesi dei mercati concorrenziali. Per gli ordoliberalisti, sebbene con qualche differenza tra i singoli autori, gli ordini concorrenziali rappresentano un obiettivo che il potere pubblico deve impegnarsi a costruire, evitando soprattutto i *trust*, le intese e le concentrazioni. La concorrenza dunque è un ordine che va costruito al fine di poter conservare in capo agli individui quei margini di libertà che solo una società di piccoli produttori indipendenti può garantire. Per gli autori della Scuola di Vienna, per von Hayek in particolare, invece, la concorrenza è un metodo: attraverso un meccanismo di selezione che von Hayek chiama *catallassi* le regole di azione vengono selezionate sulla base della specifica capacità di reagire agli stimoli e risolvere i problemi. Un ordine efficiente e non oppressivo, di conseguenza, per von Hayek non può che essere un ordine spontaneo, ogni tentativo volontaristico di costruzione dell'ordine sociale è destinato al fallimento. Tuttavia il concetto di *catallassi* in von Hayek non è la stessa cosa del concetto di *mano invisibile* in Adam Smith, e il neoliberalismo viennese non è un mero ritorno al *laissezfaire* ottocentesco. Il meccanismo di selezione delle pratiche sociali, infatti, per von Hayek non produce solo regolarità statistiche, ma veri e propri complessi normativi. In questo senso si può dire che von Hayek aderisca ad un modello spontaneistico non solo dell'ordine sociale ma anche dell'ordinamento giuridico stesso. Per la esposizione più vasta e più completa dei fondamenti metodologici dell'Autore si veda il classico F. A. von Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, Il Saggiatore, Milano, 2000; per una attenta disamina delle differenze teoriche tra i due modelli del neoliberalismo tedesco R. Mele, *L'ordoliberalismo austriaco e il liberalismo austriaco di fronte al pensiero giuridico moderno. Un contributo giusfilosofico*, I-lex, n. 21/2014.

<sup>28</sup> “Il problema con cui la Germania doveva fare i conti nel 1945 [era]: dato per ipotesi uno stato che non esiste e dato il compito di far esistere uno stato, come legittimare – in un certo senso in anticipo – questo stato futuro? Come renderlo accettabile a partire da una libertà economica destinata ad assicurare la sua limitazione e, al contempo, consentirgli di esistere? È questo il problema, la questione [...] che costituisce, se volete, l'obiettivo primario, storicamente e politicamente primario, del neoliberalismo”, M Foucault, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Feltrinelli, Milano, 2015, p. 94. Con limitato riferimento al passo in questione, il termine “neoliberalismo” può leggersi, in quel contesto, come sinonimo di “ordoliberalismo”. Precedentemente a pag. 81 Foucault può scrivere: “l'economia produce legittimità per lo stato”.

ipotesi, affermare che il diritto comunitario assuma la costruzione di un ordine concorrenziale del mercato (europeo) come fonte di legittimazione di un ordinamento sovranazionale, in mancanza di ogni altra legittimazione che derivi dalla (in)esistenza di una nazione o di un popolo europeo<sup>29</sup>.

Dal punto di vista della politica monetaria, seguendo il ragionamento degli ordoliberalisti a cavallo tra la fine degli anni '40 e l'inizio del decennio successivo, la stabilità dei prezzi diveniva indispensabile per limitare i fenomeni inflattivi che avevano, con la loro dirompenza durante gli anni della Repubblica di Weimar, portato alla rovina i ceti medi proprietari spingendoli tra le braccia del nazismo.

Si poneva, quindi, la necessità di una Banca centrale indipendente che avesse come scopo esclusivo o prevalente la difesa di quella stabilità. Nel modello ordoliberalista infatti solo dei prezzi stabili potevano essere correttamente rappresentativi dei valori e garantire quindi il corretto funzionamento dei mercati concorrenziali<sup>30</sup>.

Su questo punto di politica monetaria la riflessione della scuola di Friburgo veniva ripresa, tre decenni dopo e dall'altra parte dell'Atlantico, dalla teoria della scelta pubblica che, riflettendo invece sugli effetti dell'inflazione degli anni '70, proponeva la costituzionalizzazione dell'indipendenza della Banca centrale e l'attribuzione ad essa del compito di mantenere stabili i prezzi eliminando la possibilità per l'istituto di emissione di monetizzare i *deficit* pubblici.

Le due tendenze convergenti – quella ordoliberalista e quella della teoria della scelta pubblica – risultano pienamente realizzate nel modello dei Trattati europei e trovano il loro culmine nel Trattato di Maastricht: una Banca centrale autonoma, che abbia come primo obiettivo il controllo dei prezzi, estremamente prudente nell'immettere liquidità nel sistema,

---

<sup>29</sup> Sulla possibilità, invece, di poter ricostruire l'identità di un *popolo europeo* partendo da quel piano assiologico di cui sarebbero manifestazione i valori di cui all'art 2 TUE, i principi della carta di Nizza e le tradizioni costituzionali comuni si veda L. Di Majo, A. Gasparro, e M. Vittori, *L'omogeneità di valori nell'Unione Europea tra crisi economica e tutela dei diritti fondamentali: quali scenari?*, in *federalismi.it*, 15 ottobre 2014.

<sup>30</sup> In questi termini si esprime M. Foucault, *Nascita della biopolitica*, cit., p. 122, con riferimento al tema dei prezzi in Eucken: "un'azione regolatrice avrà necessariamente come obiettivo principale la stabilità dei prezzi, intesa non come fissità ma come controllo dell'inflazione. Di conseguenza, tutti gli altri obiettivi, al di là della stabilità dei prezzi, non possono che essere secondari e in un certo senso adiacenti. Mai in nessun caso possono costituire degli obiettivi primari. In particolare non dovranno diventare obiettivi principali né la conservazione del potere d'acquisto, né il mantenimento del pieno impiego, né l'equilibrio della bilancia dei pagamenti". C'è da affermare, tuttavia, che, nonostante le differenze indicate in precedenza, sul tema della valenza segnaletica dei prezzi von Hayek e von Mises concordano, sebbene con minore enfasi, con gli ordoliberalisti, si veda F. Donzelli, *Introduzione a F. A. von Hayek, Conoscenza mercato, pianificazione*, il Mulino, Bologna, 1988.

prevalentemente passiva rispetto alle esigenze del sistema finanziario privato, aderente ad una concezione endogena della produzione di moneta e sufficientemente indipendente da rifuggire ogni tentazione di finanziamento dei bilanci pubblici<sup>31</sup>.

Se però dal punto di vista contenutistico le istituzioni dell'unione monetaria hanno risposto nella loro dimensione genetica e funzionale alla logica di quello che potremmo chiamare liberalismo costruttivista (il compito principale dell'autorità pubblica è quello di costruire un sistema solido di regole che garantiscano la concorrenza e, per i motivi che si sono visti prima, la stabilità dei prezzi) dal punto di vista procedurale esse hanno seguito una genesi tutta svolta sul piano del funzionalismo, allo stesso modo di tutta la costruzione eurounitaria.

Dalla *dichiarazione di Schuman*<sup>32</sup> del maggio del '50 in poi, al centro del percorso costituente dell'Europa unita, più che il *progetto europeo*, ci sarebbe stato il *metodo comunitario*.

L'unità politica dei popoli del continente, martoriati e divisi da trent'anni di guerra civile europea, non si sarebbe costituita di colpo, secondo un progetto e in vista di fini prestabiliti, ma si sarebbe articolata attorno ad un meccanismo euristico di errori e aggiustamenti. Sarebbero state le esigenze e le necessità di volta in volta emergenti a modellare le istituzioni, perché i decisori politici a monte e la Corte di Giustizia a valle avrebbero selezionato, preservato e istituzionalizzato quelle risposte in grado di garantire la prosecuzione e il consolidamento dell'esperienza unitaria.

In questo senso la capacità della Corte di giustizia di fungere da elemento di chiusura autopoietica del sistema è apparsa veramente notevole, come dimostrato oggi dalla

---

<sup>31</sup> Si è precedentemente fatto cenno alla contraddizione tra queste due identità profonde della BCE e in generale probabilmente di tutto l'ordinamento eurounitario come portato di due diversi filoni del neoliberismo europeo, il costruttivismo ordoliberalista e lo spontaneismo proprio della Scuola di Vienna. Occorre, tuttavia, fare una precisazione: in tema di politica monetaria i viennesi, e in particolare von Hayek, non avevano immaginato nulla di simile a quello che è successo in Europa con le politiche non convenzionali della BCE. Vero è che von Hayek dava molta importanza al tema della denazionalizzazione della moneta e alla necessità di disarticolare ogni rapporto tra Stati e moneta, ma nella sua ottica questo passaggio sarebbe stato possibile solo attraverso una totale de-pubblicizzazione della moneta, e non solo una sua mera de-statalizzazione. Il modello che propone von Hayek era, nella sostanza, quello di una serie di monete, tutte di emissione privata bancaria, in concorrenza tra loro, il cui valore fosse determinato esclusivamente dalla fiducia dei soggetti in capo alla banca di emissione; si veda F. A. von Hayek, *La denazionalizzazione della moneta. Analisi teorica e pratica della competizione tra valute*, Etas editore, Milano, 1976.

<sup>32</sup> "L'Europa non potrà farsi in una sola volta, né sarà costruita tutta insieme; essa sorgerà da realizzazioni concrete che creino anzitutto una solidarietà di fatto. [...] La fusione della produzioni di carbone e di acciaio assicurerà subito la costituzione di basi comuni per lo sviluppo economico, prima tappa della Federazione europea [...]". Il testo integrale della dichiarazione è consultabile anche sul sito ufficiale dell'Unione europea.

pronuncia sull'OMT e in passato da tante altre vicende istituzionali.

Si può immaginare, di conseguenza, l'evoluzione dell'ordinamento europeo come un processo costituente cieco, fondamentalmente anti-costruttivista, nel quale innovazioni potenti, forse anche rivoluzionarie, sono nate nella prassi operativa delle Istituzioni e sono diventate diritto, grazie all'impegno della Corte di Giustizia a ricondurle ad una qualche interpretazione dei Trattati.

Fenomeni decisivi e per alcuni versi imprevedibili come il riconoscimento del primato del diritto comunitario sulle norme di diritto interno con esso confliggenti o l'autoapplicabilità delle direttive scadute, precise e incondizionate, così come oggi l'assorbimento della politica economica all'interno della politica monetaria e la gestione di entrambe da parte della BCE, sono stati nella sostanza rotture del sistema dei Trattati.

Rotture, tuttavia, di un sistema che era stato immaginato per essere rotto e rispetto alle quali la Corte di Giustizia ha operato sempre una decisiva opera di rammendo e di chiusura autopoietica.

Al fine di salvare l'unitarietà, la funzionalità, la autoregolatività del mercato unico dei capitali bisognava, però, sacrificare l'assunto ordoliberalo della neutralità e della passività della Banca centrale.

La BCE si è mossa in questa direzione, superando il paradigma ordoliberalo, ma lo ha fatto non nel verso di un ritorno al governo della moneta da parte degli Stati, ma in quello di un governo degli Stati da parte della moneta.

L'immissione di liquidità nel sistema non risponde più al principio del *fiat standard*, non è più governata dal decisore politico, attraverso la definizione del disavanzo poi monetizzato dalla banca centrale, come avveniva nelle esperienze nazionali fino all'inizio degli anni '80. Sono invece le politiche economiche degli Stati ad essere governate dalla decisione della Banca centrale di immettere liquidità nel sistema, attraverso i meccanismi di condizionalità, i *memorandum*, le *lettere*, la sostanziale discrezionalità delle decisioni e dei volumi di acquisto dei titoli nell'ambito dell'alleggerimento quantitativo.

Che poi, ad ultimo e rispetto al *q.e.*, questa immissione di capitali da parte della Banca centrale sia stata *economicamente* una boccata d'aria indispensabile per le economie depresse dei paesi periferici dell'area euro è un fatto indubbio e assolutamente apprezzabile: il giudizio economico tuttavia non ne muta la caratterizzazione istituzionale. Se dal punto di vista giuridico la legittimazione dell'attivismo delle BCE è stata garantita

dalla capacità straordinaria della Corte di Giustizia di effettuare chiusure autopoietiche dell'ordinamento eurounitario, dal punto di vista del discorso pubblico quella stessa legittimità veniva ricostruita in termini di efficienza dell'intervento, in termini di effetto rasserenante delle politiche non convenzionali sulla crescita e sulla sostenibilità delle finanze pubbliche degli Stati<sup>33</sup>.

Non è un caso che questa legittimazione in termini di discorso pubblico abbia avuto poca o nessuna plausibilità in quei paesi come la Germania che presentavano, invece, tassi di crescita comunque accettabili.

### **6. Legittimazione tecnocratica vs legittimazione politica? La caratterizzazione ideologica della Costituzione europea in senso materiale a cavallo tra gli Stati e l'Unione.**

Si è visto in precedenza come la crisi sia stata un formidabile volano di produzione giuridica e innovazione ordinamentale ad opera delle Istituzioni europee e degli Stati nazionali (sia a livello continentale, sia a livello interno, con una poderosa ristrutturazione in senso neoliberista dei sistemi economici e sociali).

Questa produzione del diritto è avvenuta sotto l'egida di una legittimazione che ha impiantato le proprie radici nel pensiero economico di stampo neoliberista: controllo dell'inflazione, austerità espansiva, messa in concorrenza degli ordinamenti nazionali, svalutazione reale dei salari.

Dall'irrigidimento delle procedure di controllo multilaterale sui bilanci nazionali all'inserimento del principio di equilibrio di bilancio in Costituzione, dalle riforme del mercato del lavoro alle liberalizzazioni, dall'attivismo della BCE al rinnovato accentramento in capo ai Governi del potere decisionale in materia economica e finanziaria, il processo normativo non si è presentato come prodotto della decisione politica democratica ma come mera ricerca dell'accorgimento tecnico volto a dare competitività

---

<sup>33</sup> Si veda E. Balibar, *Crisi e fine dell'Europa*, Bollati Boringhieri, Torino 2016, p. 214: "al contrario, esistono altri tipi di legittimità: come dimostra la storia, in una situazione di crisi può avere la meglio l'autorità, l'efficacia (reale o presunta) di una struttura di potere che si presenta come protettrice della salute pubblica. Abbiamo visto come la Banca centrale europea abbia messo in campo un tentativo di legittimazione di questo tipo, puntando a ottenere una sovranità concorrente con le sovranità nazionali".

alle economie nazionali e sostenibilità ai debiti pubblici.

Come osservato in precedenza, quella legittimazione che potremmo definire tecnocratica – in fondo più pretesa che effettiva – si è manifestata in due modi diversi: da una parte come *legittimazione procedurale* che ha riguardato la ristrutturazione dei meccanismi di controllo multilaterale dei bilanci pubblici (*fiscal compact, six pack, two pack*) e i meccanismi di condizionalità legati ai prestiti dei vari fondi salva-Stati, dall'altra come *legittimazione operativa* che ha riguardato prevalentemente la politica monetaria della BCE.

Come è stato acutamente osservato, questo genere di legittimazione tecnocratica – procedurale e operativa – avrebbe dovuto sostituire quella legittimazione democratica propria dei processi politici nazionali che non riusciva a ricostruirsi a livello eurounitario. Si sarebbe rotto così il *modello a vasi comunicanti*: negli anni della crisi, la democrazia non è stata devoluta dal livello di governo inferiore nazionale a quello superiore europeo. Una parte di quella democrazia irrimediabilmente sarebbe andata dispersa, mentre la necessità e la volontà di governare i fenomeni a livello continentale automaticamente stava cercando e trovando nuove forme di legittimazione dei processi normativi<sup>34</sup>.

L'analisi è sicuramente corretta.

Tuttavia, essa può essere svolta probabilmente anche ad un altro livello del discorso: la *governance* economica europea ha cercato – probabilmente senza riuscirci – forme di legittimazione non solo non democratiche, ma anche radicalmente non politiche<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Si veda E. Balibar, *Crisi e fine dell'Europa*, cit., 2016, p. 225: “oggi il potere in Europa è stato chiaramente trasferito a istanze tecniche come l'Eurogruppo, le varie Commissioni, dominate dagli Stati più forti, ma provviste anche di una logica propria. Sono dunque tentato di formulare una legge di *disfacimento simultaneo delle procedure democratiche* a livello nazionale e a livello europeo. Questa idea va contro il principio dei vasi comunicanti [...]”. Il discorso di Balibar nega quello che si potrebbe definire un “principio di conservazione della democrazia”, per il quale questa non si creerebbe né si distruggerebbe, in ambito europeo, ma si trasferirebbe solamente da un livello all'altro. Allo stesso modo si veda C. Iannello, *Il “non governo europeo” dell'economia e la crisi dello Stato sociale*, in *Diritto Pubblico Europeo rassegna on-line*, novembre 2015: “questo processo di decomposizione interno non è stato tuttavia compensato da uno parallelo di ricostruzione di una comunità politica a livello sovranazionale, perché l'Europa politica non solo è ben lungi dall'essere stata attuata, ma sta prendendo una deriva che la vede sempre di più un'Europa della tecnocrazia, fondata sulla finanza e sui mercati, priva di qualsiasi legame sociale, politico e popolare”. Così posta la questione pare potersi articolare su un piano parallelo a quello attraversato da Luciani in M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle Costituzioni*, in AA. VV. *Scritti in onore di Giuseppe Guarino v. 2*, CEDAM, Padova, 1998. Anche in questo caso si potrebbe parlare di un “principio di conservazione” della sovranità questa volta. La rinuncia di sovranità da parte degli Stati, non sarebbe devoluzione all'Unione, ma comporterebbe bensì una perdita secca di sovranità.

<sup>35</sup> “La crisi che sta attraversando il continente europeo può essere sintetizzata in una breve formula: è una crisi della politica e delle Costituzioni” così, lapidario, ad *incipit* del suo contributo C. Iannello, *Il “non governo” europeo dell'economia e la crisi dello Stato sociale*, in *Diritto Pubblico Europeo rassegna on-line*, novembre 2015.

L'accoppiamento strutturale tra diritto e politica, per quanto possa apparire controintuitivo, non è un dato strutturale dell'esperienza umana<sup>36</sup>, almeno dal punto di vista della legittimazione del comando e della produzione normativa.

Il diritto ha trovato in varie fasi e epoche della storia universale legittimazione in campi diversi da quello della politica: la religione, la natura umana razionalmente investigata, la filosofia morale. L'accoppiamento strutturale tra diritto e politica, figlio della più matura modernità, si è realizzato, in maniera compiuta e sostanziale, prevalentemente all'interno dello Stato nazionale, in un periodo storico che inizia grossomodo con l'Illuminismo. Superato l'ontologismo medioevale e il giusrazionalismo della prima modernità, l'idea che il diritto non sia un ordine immanente dei rapporti sociali dettato dalla divinità o dalla natura, ma un prodotto umano, voluto dall'uomo per l'uomo, in grado di realizzarne le aspirazioni e gli interessi, o viceversa di opprimerlo, si è sviluppata da un certo punto in poi della storia dell'Occidente attorno al fulcro della sovranità politica<sup>37</sup>.

In questo senso, lo Stato moderno ha costituito la condizione storica dell'accoppiamento strutturale tra politica e diritto.

La politica – intesa come esplicitazione e razionalizzazione dei rapporti di forza – viene assunta e pensata come matrice del diritto. Il diritto, a sua volta, viene considerato come ipostatizzazione di quegli stessi rapporti di forza che, astratti dal conflitto sociale, si stabilizzano e si rendono autosussistenti.

---

<sup>36</sup> Estremamente conscio di questo aspetto appare von Hayek, grande teorico della disarticolazione del paradigma costruttivista incarnato nel binomio diritto-politica. Egli intitola significativamente il primo paragrafo del capitolo quarto del primo Volume di *Legge, legislazione e libertà* "Il diritto è anteriore alla attività legislativa". Continuando nel testo: "a differenza dello stesso diritto, che in questo senso non è mai stato inventato, l'invenzione della attività legislativa è avvenuta relativamente tardi nella storia della umanità"; ancora in seguito: "il diritto è esistito per molte epoche prima che all'uomo venisse in mente di poterlo creare o modificare", F. A. von Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, Il Saggiatore, Milano, 2000, 93 ss. La stessa constatazione della genesi relativamente recente dell'accoppiamento strutturale tra diritto e politica pare pervadere tutta l'opera di storici del diritto come Paolo Grossi, si legga, tra i tanti contributi, P. Grossi, *Le mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2001. Viene in questo senso alla mente Dig. 50.17.1: "*non ex regulaiussumatursed ex iure quod est regula fiat*".

<sup>37</sup> Sulla definizione della concezione dell'ordine giuridico del moderno come fondamentalmente artificiale si veda anche G. Preterossi, *Ciò che resta della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2015, p. 11. Si legga ad esempio questo passo: "Principi e diritti fondamentali non sono mera forma di una volontà che si impone, anche se hanno bisogno di una volontà costituente che li positivizzi [riferimento, in nota a L. Ferrajoli, *Principia iuris*], ma non sono neppure la manifestazione di un'antropologia perenne (della dignità, della persona, ecc.) perché costituiscono un contenuto "etico" non naturale ma artificiale, cioè tradotto politicamente in diritto attraverso conflitti e accordi". La riflessione di Preterossi riguarda la possibile fuga verso il nichilismo che potrebbe essere connesso al passaggio alla modernità giuridica e al superamento degli ontologismi. Il discorso retrospettivo però può facilmente divenire prospettico, paventando una postmodernità nella quale il costruttivismo sia superato da un nuovo ontologismo fondato nella razionalità economica neoliberista.

All'interno dello Stato nazionale, il conflitto tra le forze sociali produce determinati punti di equilibrio: il diritto è tenuto a rappresentare e ipostatizzare quell'equilibrio affinché il conflitto non si produca più su scala collettiva e macrosociale, al di fuori e *a priori* rispetto all'ordinamento giuridico, ma si possa svolgere individualmente tra i singoli consociati, al livello microsociale, all'interno e attraverso le regole.

In questo ambito il diritto viene concepito non come un ordine immanente, ma come un ordinamento voluto e costruito dal potere politico. Con l'affermazione della storicità dell'accoppiamento strutturale tra diritto e politica non si vuole, chiaramente, affermare che solo il diritto della più matura modernità sia un diritto politico, cioè una costruzione umana che ipostatizza rapporti di forza in qualche maniera razionalizzati ed esplicitati; si vuole affermare, invece, che *la scoperta* di questa connessione, la possibilità di pensare il diritto in termini politici, è stata figlia di una precisa fase storica e di quel preciso modello istituzionale che è lo Stato sovrano.

La legittimazione democratica del diritto, in questo senso, non è che una delle possibili manifestazioni della scoperta della politicità del diritto: il diritto è stato percepito come politico ben prima di essere prodotto da ordinamenti democratici.

Oggi la *legittimazione tecnocratica*, mettendo in discussione l'accoppiamento strutturale tra diritto e politica, fa avanzare l'ordinamento eurounitario e gli ordinamenti nazionali sul terreno di una postmodernità che assomiglia sempre più al premoderno<sup>38</sup>.

Così come, ad esempio, nel Medioevo, il diritto era concepito come ordine immanente e dimensione ontologica dei rapporti sociali e non come realtà deontologica che ipostatizzasse i rapporti di forza tra gli attori sociali, oggi la *governance* economica europea cerca la propria legittimazione come ordine immanente dell'economia neoliberista<sup>39</sup>. In questo senso, si può definire *tecnocratica* quel tipo di legittimazione dei processi di produzione normativa che cela i rapporti di forza tra gli attori sociali e la dimensione volontaristica dell'evoluzione giuridica sotto il velo della tecnica economica.

---

<sup>38</sup> In questo senso di veda G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

<sup>39</sup> Si veda in proposito S. Marotta, *Le nuove feudalità. Società e diritto nell'epoca della globalizzazione*, Istituto italiano per gli Studi filosofici, Napoli, 2007, p. 49: "quando è venuta meno la fiducia degli studiosi del diritto in quella che per un secolo è stata la teoria dominante, grazie alla quale si poteva considerare il diritto un sistema universale e in sé completo [l'Autore si riferisce al giuspositivismo], i giuristi si sono guardati intorno e, tra tutte le scienze sociali, *l'economia è stata il candidato più promettente ad offrire soluzioni concrete ai problemi giuridici*. Così l'economia ha fornito al diritto i contenuti che le norme giuridiche, avevano costantemente attinto da altre sfere della società, come la politica [...]". Il corsivo, tra virgolette nel testo, è citato da G. Minda, *Teorie postmoderne del diritto*, Il Mulino Bologna, 2001, p. 141.

La stessa idea spontaneista dell'evoluzione degli ordinamenti, con il continuo susseguirsi di microrotture dell'ordine istituzionale e conseguenti chiusure autopoietiche operate dalla Corte di giustizia, mette in crisi la concezione volontaristica e costruttivistica delle istituzioni, senza la quale diventa logicamente difficile immaginare una legittimazione politica del diritto.

Il modello teorico è, ancora una volta, quello del neoliberismo anticostruttivistaa *la von Hayek*: se tutti i fenomeni sociali ed economici sono destinati a produrre, nel loro libero e a-teleologico svolgersi, ordini spontanei, e se questi ordini sono destinati attraverso un processo di selezione a trasformarsi in *cosmos*, in ordinamenti (differenza decisiva tra il pensiero di von Hayek e il liberismo classico), allora la costruzione politica volontaristica di un ordine sociale non potrà che essere, di per sé, perturbante dell'ordine spontaneamente formatosi<sup>40</sup>.

Per dirla ancora con von Hayek, dunque il diritto politico voluto e costruito sarebbe *taxis* e quello che si forma spontaneamente all'interno della pratica sociale ed economica sarebbe *cosmos*.<sup>41</sup>

L'affermarsi di questo paradigma di legittimazione che si è chiamata tecnocratica ha investito, con un percorso ascendente, i processi di costruzione dei meccanismi di *governance* economica europea e insieme, con un percorso discendente, gli stessi Stati

---

<sup>40</sup> In termini simili si legga L. Gallino, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Einaudi, Torino, 2011, p. 27: "è evidente come il neoliberismo, conformemente alle sue origini, sia in primo luogo una teoria politica, la quale asserisce in modo categorico che la società tende spontaneamente verso un ordine naturale. Di conseguenza occorre impedire che lo stato, o il governo per esso, interferiscano con l'attuazione e il buon funzionamento di tale ordine. Si tratta di un argomento che viene da lontano poiché fu usato almeno da Seicento in poi per contrastare il potere monocratico del sovrano. Applicato ad una società democraticamente costituita, esso si trasforma di fatto in un argomento *contro* la democrazia. Il neoliberismo non rappresenta una nuova fase della democrazia liberale; più verosimilmente va considerato come il suo affossatore". Il passo di Gallino è senza dubbio da condividere, fatte salve due precisazioni. La prima è che il neoliberismo è una teoria economica e politica complessa, e non può essere ridotta, come invece fa Gallino alla sola componente spontaneista: si è visto in precedenza come esista almeno una altra grande linea teorica del neoliberismo, quella costruttivista. In secondo luogo l'affermazione fatta da Gallino in ordine alla capacità della teoria dell'ordine spontaneo di negare il potere assolutistico del monarca così come quello della democrazia conferma indirettamente l'antitesi radicale affermata nel paragrafo tra spontaneismo e politicità, almeno dal punto di vista ideologico.

<sup>41</sup> Diffusamente sul punto F. A. von Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, Il Saggiatore, Milano, 2000, p. 48 ss. Populizio comprende molto bene la potenzialità non solo genetica ma anche legittimante dell'ordine giuridico e sociale che hanno in von Hayek i concetti di *taxis* e *cosmos*: "la distinzione di Hayek si muove invece sul piano delle diverse forme di economia, e più in generale due diverse forme di legittimazione dell'ordine [...]". I. Populizio, *Coase, Hayek e la "grande dicotomia" tra diritto pubblico e diritto privato*, *Ars Interpretandi*, vol. 2, p. 190.

nazionali in crisi di sovranità<sup>42</sup>.

Occorre a questo punto fare tre precisazioni.

La prima: con quanto detto fino ad ora, non si intende affermare che fuori dallo Stato sovrano – nella contingenza storica fuori dello Stato democratico – l'accoppiamento tra diritto e politica sia impossibile: parte importante della esperienza eurounitaria si incarica, infatti, di dimostrare il contrario. Appare tuttavia innegabile che la crisi della sovranità abbia portato con sé anche una crisi dell'accoppiamento strutturale tra politica e diritto – all'interno come all'esterno dello Stato – a favore di forme tecnocratiche di legittimazione della produzione giuridica.

Seconda considerazione: il tentativo di legittimazione della *governance* economica europea all'interno del paradigma tecnocratico, come espressione dell'ordine immanente dell'economia neoliberista trasfigurato nelle categorie del diritto pubblico, non è pienamente riuscito. Molto spesso la nuda politicità dei rapporti di forza è riemersa prepotente nei processi di articolazione del nuovo quadro ordinamentale. Si pensi, ad esempio, alla evidenza con la quale si è manifestato all'opinione pubblica europea il peso dei Governi dei paesi centrali dell'eurozona all'interno delle trattative per la concessione dei prestiti alla Grecia nell'ambito delle procedure di salvataggio gestite dai fondi salva-Stati. Quella stessa politicità, per rimanere all'esempio greco, è riemersa, però, anche nelle proteste di piazza e nella tensione sociale che ha percorso il paese ellenico, si è manifestata nella importanza che l'alternativa tra adesività e opposizione alle misure di austerità ha avuto nel riplasmare il quadro politico e i rapporti di forza tra i partiti, si è manifestata infine nella vicenda del *referendum* sul *memorandum* di intesa.

Terza considerazione: il fatto che gli ordinamenti provino a cercare una propria legittimazione al di fuori dell'accoppiamento strutturale con la politica, *pretendendo* di non essere espressione e trasfigurazione di un ordine costruito sulla base dei rapporti di forza tra gli attori sociali, non significa che quegli stessi ordinamenti smettano di essere

---

<sup>42</sup> La disarticolazione del rapporto tra politica e diritto e la sussunzione di quest'ultimo sul piano dello spontaneismo di stampo economicistico appare, a questo punto della ricostruzione, l'esatta antitesi del modello costruttivistico dell'ordine economico e sociale che è invece proprio del nostro impianto costituzionale, all'interno del quale, anzi, la disciplina dei rapporti economici mostra "una connessione inevitabile con il dominio della politica", in questo senso, ampiamente M. Luciani, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, relazione al convegno Aic del 28 ottobre 2011; il virgolettato precedente è di G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 11.

espressione e trasfigurazione di quell'ordine fondato sui rapporti di forza.

La *legittimazione tecnocratica*, in altre parole, agisce su un piano prevalentemente ideologico<sup>43</sup>. Costatato questo carattere specifico della *legittimazione tecnocratica*, la questione centrale diventa allora capire quali sono le forze sociali che si agitano dietro al paravento dell'ideologia e quali sono, di conseguenza, i rapporti di forza che si sono ipostatizzati nelle forme dei meccanismi giuridici della *governance* economica europea e nella ulteriore ristrutturazione in senso neoliberale degli Stati.

### **7. Dalla proprietà al lavoro, dal lavoro al credito: il fondamento materiale della Costituzione europea a cavallo tra gli Stati e l'Unione.**

Il punto di partenza per articolare qualunque discorso in ordine alla questione che ci si poneva alla fine del paragrafo precedente non può che essere la presa d'atto che l'inesorabile della crisi europea dei primi anni '10 e insieme il centro catalizzatore della ristrutturazione degli Stati e dell'Unione sono stati i debiti pubblici e la loro sostenibilità.

La crisi che, partendo da Wall Street, si è manifestata a livello globale a partire dall'estate del 2007 ha visto come suo epicentro il settore finanziario, ormai fulcro di quel *finanzcapitalismo* che ha stravolto i rapporti tra finanza ed economia reale.

Nel mondo anglosassone la crisi era partita, nel 2007, dai debiti privati che in quei paesi erano stati, nel ventennio precedente, un surrogato del reddito ai fini del sostegno alla domanda.

Soprattutto in Inghilterra e negli Stati Uniti, a fronte di un sempre maggiore aumento delle diseguaglianze e dell'erosione della quota salari, il capitalismo finanziario ha sostenuto la domanda di beni e servizi inondando il mercato di credito facile<sup>44</sup>.

Il lavoratore-debitore-consumatore è così divenuto, fino oltre il limite della sostenibilità,

---

<sup>43</sup> Sul tema del carattere ideologico della "legittimazione tecnocratica" si veda ancora S. Marotta, *Le nuove feudalità. Società e diritto nell'epoca della globalizzazione*, Istituto italiano per gli Studi filosofici, Napoli, 2007, p. 62, il quale, dopo una analisi panoramica dei grandi conflitti del mondo globale afferma: "il rischio è che il diritto possa prestarsi, nell'attuale fase di transizione, a nascondere dietro l'apparente neutralità tecnica la durezza dello scontro sociale in corso".

<sup>44</sup> Sul rapporto tra diminuzione dei salari reali, aumento delle diseguaglianze e aumento del credito e ipertrofia del sistema finanziario si veda L. Gallino, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Einaudi, Torino, 2011, p. 77 ss. In maniera analoga W. Streek, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Feltrinelli, Milano 2013, p. 15.

un ingranaggio della produzione del denaro a mezzo di denaro<sup>45</sup>.

Lo stesso ruolo di detonatore della crisi che nel mondo anglosassone ha avuto nel 2007 il debito privato è stato assunto in Europa dal 2011 in poi dal debito pubblico o direttamente, perché la recessione ne ha diminuito la sostenibilità (Italia, Grecia), o indirettamente, perché la necessità del salvataggio del settore bancario si è ripercossa pericolosamente sui conti pubblici (Spagna, Irlanda e Cipro). Ciò è avvenuto perché, nel sostegno alla domanda, così come nel mondo anglosassone il credito ai privati è stato parzialmente sostitutivo del reddito, allo stesso modo, in molti paesi dell'Europa occidentale, il debito pubblico è stato parzialmente sostitutivo del prelievo tributario. È quel fenomeno che va sotto il nome di passaggio dallo Stato fiscale allo Stato a credito.

Alla fine della Seconda guerra mondiale, i Paesi dell'Europa occidentale si erano trovati a dover ricostruire il proprio tessuto economico e sociale sulle macerie materiali e morali di una conflitto devastante e molto spesso si erano trovati a dover ricostruire una propria identità istituzionale e ordinamentale sulle macerie politiche di anni o decenni di dittature fasciste che avevano – tra l'altro – tentato, attraverso l'annullamento delle libertà democratiche e la repressione del conflitto sociale, di articolare i rapporti tra capitale e lavoro nell'ambito di una subordinazione completa del secondo al primo.

La strada della costruzione di una democrazia rinnovata, che fosse in grado di sussumere la migliore eredità dello Stato liberale ma anche di superare quelle che erano state le cause della sua inevitabile crisi, passava inevitabilmente per la possibilità storica di articolare un nuovo compromesso tra capitale e lavoro.

Questo compromesso, che prende in genere il nome di compromesso democratico-sociale<sup>46</sup>, si è fondato su un equilibrio preciso: mantenimento di adeguati margini di riproduzione del capitale a fronte di una promessa di emancipazione dei gruppi sociali subalterni e in particolare dei lavoratori dipendenti (sviluppo dei diritti sociali, forte tutela giuridica del lavoratore contro i casi avversi della vita così come contro il licenziamento, aumento dei

---

<sup>45</sup> “I due generi di capitalismo differiscono sostanzialmente per il modo di accumulare capitale. Il capitalismo industriale lo faceva applicando la tradizionale formula  $D_1-M-D_2$ , che significa investire una data quantità di denaro,  $D_1$ , nella produzione di merci,  $M$ , per ricavare poi dalla vendita di queste ultime una quantità di denaro,  $D_2$ , maggiore di quella investita. La differenza tra  $D_2$  e  $D_1$  è un reddito solitamente chiamato profitto o rendita. Per contro, il “finanzcapitalismo” persegue l'accumulazione di capitale facendo di tutto per saltare la fase intermedia, la produzione di merci. Il denaro viene impiegato, investito, fatto circolare sui mercati finanziari allo scopo di produrre immediatamente una maggior quantità di denaro. La formula dell'accumulazione diventa quindi  $D_1-D_2$ ”. In questo senso L. Gallino, *Finanzcapitalismo*, cit., p. 7.

<sup>46</sup> Parla di “compromesso fordista tra capitale e lavoro” L. Gallino, *Finanzcapitalismo*, cit., p. 78.

salari reali, implementazione di misure miranti al raggiungimento dell'obiettivo del pienoimpiego, politiche keynesiane, intervento attivo dello Stato nell'economia<sup>47</sup>).

Su questo compromesso si è articolata l'alleanza spesso tormentata, faticosa, conflittuale, ma mai veramente rinnegata tra le borghesie produttive e il lavoro subordinato: questa alleanza ha plasmato gli ordinamenti di gran parte dei paesi Europei, costituendo la pietra angolare della loro Costituzione in senso materiale.

In questo senso, il riferimento al valore fondante del lavoro contenuto nel primo comma dell'art. 1 della Costituzione italiana rappresenta un esempio lampante di questa identità profonda costituita –come si vedrà in seguito – dalla partecipazione del lavoro alla sovranità<sup>48</sup>.

Lo Stato costituzionale uscito dalla Seconda guerra mondiale avrebbe assicurato la tenuta del sistema capitalistico, sufficienti margini di profitto e di riproduzione del capitale, senza permettere la disarticolazione dei rapporti di produzione o lo scivolamento verso le soluzioni proprie del socialismo reale. Quello Stato, però, avrebbe assicurato nel contempo, attraverso una forte spesa pubblica e un deciso intervento del settore pubblico nell'economia, l'emancipazione economica e politica del lavoro subordinato: sanità, istruzione, sistema previdenziale, servizi sociali, pubblici servizi.

Le risorse per sostenere i livelli di spesa pubblica di cui il compromesso democratico-sociale necessitava sono state trovate negli anni '50 e nei primi anni '60 nei forti tassi di crescita dei sistemi economici nazionali e poi, successivamente, in un aumento dei disavanzi pubblici.

I disavanzi pubblici, a loro volta, sono stati, in una prima fase, abbondantemente monetizzati dalle banche centrali, contribuendo ad alimentare una forte spirale inflattiva che a sua volta indirettamente diminuiva la consistenza dei crediti stessi.

Dagli anni '80 in poi, quando il nemico da battere era diventato l'inflazione e la nuova

---

<sup>47</sup> Sul punto J. O'Connor, *La crisi fiscale dello stato*, Einaudi, Torino, 1979, p. 10: "lo stato capitalistico deve espletare due funzioni fondamentali, spesso contraddittorie: l'*accumulazione* e la *legittimazione* [...]. Vale a dire, lo stato deve sforzarsi di creare o di conservare condizioni idonee a una redditizia accumulazione di capitale. D'altra parte lo Stato deve sforzarsi di creare o di conservare condizioni idonee all'armonia sociale. Uno stato capitalistico che utilizzasse apertamente le proprie forze di coercizione ad aiutare una classe ad accumulare capitale a spese di altre classi perderebbe legittimità e minerebbe quindi le proprie basi di lealtà e consenso. Ma uno stato che ignorasse la necessità di stimolare il processo di accumulazione di capitale correrebbe il rischio di inaridire la fonte stessa del proprio potere: la capacità dell'economia di generare un sovrappiù e le imposte prelevate su questo sovrappiù".

<sup>48</sup> Si veda C. Mortati, *art. 1*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, Zanichelli-II foro italiano, Bologna-Roma, 1975.

ortodossia monetaria predicava l'indipendenza delle banche centrali rispetto ai governi, il finanziamento dei disavanzi è avvenuto attraverso l'esclusivo o almeno il prevalente collocamento dei titoli del debito pubblico sui mercati finanziari.

Lo *Stato fiscale*, come dice Streek, cedeva il passo ad uno *Stato debitore* ad uno stato cioè, che “fa fronte alla gran parte delle sue spese, oltretutto in aumento, prendendo risorse in prestito piuttosto che attingendo alle risorse ricavate dalle tasse e creando una montagna di debiti per il cui finanziamento deve spendere una quota crescente delle sue entrate”<sup>49</sup>.

Il compromesso democratico-sociale avrebbe, dunque, prima attraverso l'inflazione, poi attraverso il crescere del debito pubblico *comprato tempo*, avanti alla contraddizione inevitabile tra la possibilità di garantire un adeguato margine di riproduzione del capitale e quella di sostenere, attraverso la spesa pubblica, lo strutturarsi di crescenti forme di tutela sociale.

Diminuito il tasso di crescita dell'economia alla metà degli anni '60, o il capitale avrebbe dovuto rinunciare, attraverso una tassazione più fortemente progressiva, a margini di profitto o il lavoro subordinato avrebbe dovuto rinunciare alle prospettive di emancipazione che la spesa pubblica garantiva.

Esisteva tuttavia un altro modo per far sì che il blocco sociale costituito dall'alleanza tra lavoro subordinato e borghesie produttive non si spaccasse: bisognava *comprare tempo*, questo tempo fu *comprato* prima attraverso il ricorso alla monetizzazione della spesa in *deficit* e in generale attraverso l'incremento dei processi inflattivi, e in un secondo momento, come si è visto prima, cambiato anche il paradigma della politica monetaria, attraverso l'esplosione del debito pubblico.

Si può dire, quindi, che la tenuta del compromesso democratico-sociale, dall'inizio degli anni '80 in poi, sia stata garantita anche dall'aumentare del debito pubblico.

Il passaggio dallo Stato fiscale allo Stato a debito ha portato, tuttavia, con l'alleggerirsi dell'inflazione, quasi a titolo di contrappasso, ad un poderoso aumento del volume del debito pubblico di taluni paesi e ad una forte dipendenza dei bilanci statali dai mercati finanziari, oramai esclusivi o prevalenti finanziatori dei disavanzi pubblici<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> W. Streek, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Feltrinelli, Milano 2013, p. 94.

<sup>50</sup> Il fenomeno è, ancora una volta, ben descritto da J. O'Connor, *La crisi fiscale dello stato, cit.*, p. 213: “l'emissione del debito normalmente rafforza la morsa del capitale sullo stato. La ragione generale è che, mentre il capitale privato contrae prestiti per incrementare i profitti, ed è quindi in grado di ripagare il debito

Negli anni '80, tuttavia, assieme al cambio di paradigma nella politica monetaria e alla fine della monetizzazione dei disavanzi pubblici, avviene in Europa anche quel percorso di unificazione e liberalizzazione dei mercati dei capitali che avrà come più straordinaria realizzazione il varo della moneta unica.

Con maggior vigore dopo Maastricht, la dipendenza dei bilanci pubblici, soprattutto di quelli degli Stati con debiti pubblici più elevati, dai mercati finanziari diventa chiaramente dipendenza dai mercati finanziari europei, nei quali abbondantemente vengono investiti, tra l'altro, i *surplus* commerciali che intanto i paesi economicamente più forti della zona euro andavano accumulando.

Si è creato così, dall'inizio del secolo fino alla crisi, un meccanismo per il quale le economie dell'eurozona a più alta produttività e con maggiore vocazione all'esportazione hanno realizzato, anche grazie alla moneta unica, grossi avanzi della bilancia commerciale. Questi *surplus* sono stati investiti anche in titoli di Stato dei Paesi dell'Unione più fortemente indebitati.

È stato così che le istituzioni finanziarie dei Paesi centrali della zona euro si sono trovate in portafoglio una grossa quantità di titoli del debito pubblico dei paesi periferici.

Questi titoli presentavano rendimenti leggermente più alti della media dei tassi dei titoli equivalenti emessi da altri Stati dell'Unione ma avevano, tuttavia, un duplice vantaggio: il loro acquisto non presentava costi di transazione dovuti al cambio<sup>51</sup> e la loro solvibilità appariva comunque garantita dalla partecipazione alla moneta unica degli Stati che li avevano emessi.

Il flusso di capitali, che dal centro della zona euro si spostava verso la periferia, ha finanziato, direttamente o indirettamente, anche la domanda delle economie dell'area periferica e di conseguenza, in definitiva, ha contribuito ad aumentare le importazioni dai Paesi centrali dell'Eurozona e, quindi, gli stessi *surplus* commerciali.

Quando, alla fine del primo decennio del nuovo secolo, la contrazione dei PIL di tutti i Paesi Europei ha rotto il meccanismo di fiducia in ordine alla sostenibilità dei debiti di Stati come la Grecia, il Portogallo, l'Irlanda, la Spagna o l'Italia, il flusso si è interrotto e ha

---

direttamente, lo stato si indebita al fine di espandere gli esborsi per il capitale sociale (quindi i profitti privati) e per le spese sociali di produzione”.

<sup>51</sup> “Per un motivo o per l'altro i prestatori avevano ritenuto che l'eliminazione del rischio di cambio comportasse l'eliminazione di qualsiasi rischio, e questo è il motivo alla base dei bassi tassi di interesse addebitati a questi paesi quando contraevano dei prestiti” J. E. Stiglitz, *L'Euro. Come una moneta comune minaccia il futuro dell'Europa*, Einaudi, Torino, 2017, p. 117.

cambiato direzione<sup>52</sup>: c'era la necessità che i capitali dati a credito ritornassero nei Paesi di provenienza in maniera ordinata, senza che questa riallocazione provocasse una crisi debitoria che avrebbe messo in discussione la tenuta della moneta unica e la solidità delle istituzioni finanziarie dei paesi centrali dell'eurozona.

C'era la necessità di trovare dei meccanismi istituzionali che garantissero che i mercati finanziari, direttamente o indirettamente a mezzo dei governi degli Stati in cui avevano sede le banche più esposte, potessero assumere il controllo delle finanze pubbliche degli Stati creditori.

In questo senso si è strutturata la *governance* economica europea: fondi salva-Stati, potenziamento dei meccanismi multilaterali di sorveglianza dei bilanci nazionali, politiche non convenzionali della BCE, sono stati tutti meccanismi istituzionali volti a creare, attraverso la condizionalità degli interventi, un controllo da parte dei mercati finanziari sugli Stati: *no credit without control* si potrebbe dire, parafrasando la formula corrispondente al principio, storico del costituzionalismo, di consenso al tributo. Lo Stato “sottomette se stesso e la sua attività al controllo da parte dei suoi creditori che si presentano in veste di *mercati*. Questo controllo si affianca a quello democratico dei cittadini<sup>53</sup>”. Questa doppia *constituency* cittadini-elettori e finanziari-creditori si può esprimere in maniera più o meno istituzionalizzata: attraverso la mera pressione che gli investitori

---

<sup>52</sup> In riferimento a quanto si è appena detto si legga J. E. Stiglitz, *L'Euro*, cit., p. 16: “con la creazione dell'euro nel 1999, il denaro confluì rapidamente verso i paesi della periferia (quelli più piccoli come Grecia, Spagna, Portogallo e Irlanda, attorno al nucleo centrale dell'Europa, costituito da Francia, Germania e Regno Unito) con conseguente diminuzione dei tassi di interesse. Ripetendo il modello già visto in altre nazioni del mondo che hanno assistito ad una liberalizzazione dei mercati, all'afflusso di denaro in un determinato paese è seguito un corrispondente deflusso, con i mercati improvvisamente consapevoli di essersi lasciati trasportare da un'euforia eccessiva. In questo caso, il catalizzatore che ha fatto precipitare gli eventi è stata la crisi finanziaria globale: all'improvviso la Grecia, la Spagna, il Portogallo e l'Irlanda si sono viste negare l'accesso al credito, sprofondando in una crisi che gli architetti dell'eurozona non avevano previsto”. Allo stesso modo G. Pitruzzella, *Crisi economica e decisioni di governo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2014: “l'eurozona si è caratterizzata per i forti squilibri della bilancia dei pagamenti tra i paesi della medesima area monetaria, espressione di un forte disallineamento tra le posizioni competitive dei vari paesi [...]. In un contesto di piena mobilità dei capitali e con una moneta unica i paesi in cui si registrava perdita di competitività e crescita della domanda interna in misura superiore al PIL, potevano finanziare tali squilibri attraverso l'indebitamento. Ciò è potuto avvenire fino a quando lo scoppio della crisi ha rallentato i movimenti di capitali e gli investitori hanno prestato particolare attenzione alla sostenibilità dei debiti”.

<sup>53</sup> W. Streek, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Feltrinelli, Milano 2013, 100. Continua Streek poco oltre a pag. 103: “lo stato democratico, che è governato dai cittadini, ma che è anche alimentato da essi, in quanto stato fiscale, si trasforma in stato debitore una volta che la sua sussistenza non dipende più dalle sole donazioni dei suoi cittadini, ma in gran parte dalla fiducia dei creditori. A differenza della popolazione di uno stato fiscale, il popolo del mercato all'interno di uno stato debitore interagisce a livello transnazionale. Ai rispettivi stati nazionali i membri del mercato sono infatti vincolati per contratto, perché risultano essere investitori più che cittadini. I loro diritti nei confronti dello stato non sono di natura pubblica, ma privata: non derivano da una costituzione ma da un codice civile”.

possono avere rispetto alle politiche pubbliche ma anche attraverso veri e propri procedimenti fortemente giuridicizzati, come è avvenuto con la istituzionalizzazione delle nuove regole della *governance* economica europea.

Non si scappa: chi finanzia il sovrano prima o poi chiede di partecipare a quella sovranità. Ad iniziare dal basso Medioevo i monarchi dei nascenti Stati nazionali si trovarono impegnati in un'opera di articolazione di un potere e di una organizzazione statale per la quale le risorse patrimoniali della Corona, che avevano fino a quel momento costituito l'entrata principale del vecchio Stato feudale, non bastavano più. Per far funzionare l'apparato burocratico-militare – per diventare Sovrano – il monarca si trovava avanti alla necessità storica di dover utilizzare le risorse finanziarie dei propri sudditi.

La condizione alla quale i gruppi sociali proprietari consentirono a questa richiesta fu la partecipazione, attraverso lo strumento dell'assemblea parlamentare, a quella medesima sovranità che si andava strutturando.

Il principio del *no taxation without representation*, seme e archetipo del parlamentarismo inglese, garantiva la partecipazione della proprietà alla sovranità. Suggello della Costituzione materiale di quello che sarebbe poi stato lo Stato liberale era la limitazione, attraverso il suffragio censitario, ai soli gruppi sociali proprietari della rappresentanza politica.

Quel modello di Stato liberale non avrebbe retto alle profonde trasformazioni sociali che, dalla seconda rivoluzione industriale in poi, avevano attraversato le società europee. L'irruzione delle masse sulla scena politica aveva definitivamente spezzato, assieme al suffragio censitario, quel nesso tra sovranità e proprietà che era stato il pilastro della Costituzione in senso materiale dello Stato liberale.

Sconfitta dalla storia la soluzione fascista e con essa la forma violenta della subordinazione di quelle masse al capitale, restava nei paesi dell'Europa occidentale da praticare la strada di un compromesso tra borghesie produttive e lavoro subordinato che vedesse – come si è detto prima – garantiti adeguati margini di riproduzione del capitale e contemporaneamente, attraverso la costruzione dello stato sociale e una certa redistribuzione, la progressiva emancipazione dei gruppi sociali subalterni.

Il compromesso democratico-sociale garantiva la partecipazione del lavoro alla sovranità. Oggi, entrato in crisi quel blocco sociale, fortemente indebolito il lavoro subordinato, quel rapporto di responsabilità tra Stati e mercati finanziari che si è riassunto con la formula del

*no credit without control*, vero asse portante della nuova Costituzione in senso materiale dell'Europa, garantisce la partecipazione del credito alla sovranità<sup>54</sup>.

Le proposte della Commissione volte ad incorporare il *fiscal compact* nell'ambito del diritto eurounitario e a istituire, nell'ambito di quest'ultimo ordinamento, un Fondo monetario europeo mirano a riportare l'Unione europea al centro del processo costituente di cui si parlava prima, rendendo più difficile per gli Stati, in futuro sfilarsi dai meccanismi di condizionalità e dalle politiche di austerità senza dover anche uscire dall'Unione stessa. Se da una parte, infatti, portare il contenuto materiale dei due trattati al livello della normativa europea di rango legislativo renderebbe – almeno virtualmente – più facilmente modificabili collegialmente le regole di *governance*, dall'altra parte risulterebbe più difficile per il singolo Stato rompere in maniera unilaterale il quadro.

È chiaro, infatti, che la afferenza di quel materiale normativo al diritto eurounitario rischia di impattare pesantemente sull'assetto ordinamentale degli Stati. Si pensi ad esempio all'efficacia diretta e al primato sul diritto nazionale che le norme in questione avrebbero se fossero fatte discendere direttamente dal diritto dell'Unione e non da mere norme di diritto internazionale pattizio. Si pensi ancora alla maggiore difficoltà, dogmatica e politica, di usare i controlimiti come barriera all'ingresso negli ordinamenti nazionali di comandi normativi attuativi, ad esempio, dei *memorandum* di intenti concordati in sede di ottenimento di un prestito da parte del Fondo monetario europeo, quando questi comandi si mostrassero in contrasto con le rispettive Carte costituzionali.

Le proposte della Commissione, però, schiudono anche una grande possibilità: per la prima volta dall'inizio della crisi si apre lo spazio per articolare, al di fuori della logica dell'emergenzialità che aveva portato all'approvazione dei trattati istitutivi del MES e del *fiscal compact*, un dibattito politico in ordine al rapporto tra credito e sovranità, tra riconversione neoliberista e possibilità di difesa del modello sociale europeo. Su questi temi, all'interno dei singoli Stati così come al livello continentale le forze politiche possono e devono articolare un discorso programmatico di prospettiva che abbia come fulcro l'alternativa su quale ordine europeo si intende costruire, scoprendo la politicità dei rapporti di forza sotto velo mistificatore della legittimazione tecnocratica, procedimentale o operativa.

---

<sup>54</sup> Di una "sovranità finanziaria senza Stato" parla A. Lucarelli, *Perché esportare lo stato sociale in Europa*, in *Il Mattino*, 3 agosto 2017.

Se le elezioni europee del maggio 2019 si giocassero su questi temi, l'Europa avrebbe reso un grande servizio a sé stessa. L'alternativa a questo sarebbe l'accettazione dello stato di cose presenti, sotto forma di consolidamento di forme di legittimazione tecnocratica, o il riemergere prepotente della politicità attorno, questa volta, ad istanze programmatiche euroscettiche se non apertamente nazionaliste.

**Abstract:** Partendo dalle recenti proposte della Commissione in ordine all'inserimento del cd. *fiscal compact* nell'ordinamento europeo e dell'istituzione nell'ambito di questo di un Fondo monetario europeo, il contributo ripercorre il tragitto che, attraverso la crisi, ha portato gli Stati e le Istituzioni europee a ristrutturare radicalmente i meccanismi della *governance* economica. Quello che si descriverà è un processo costituente che struttura in forme nuove e nell'ambito di competenze inedite l'ordinamento sovranazionale e, nel contempo, ristruttura pesantemente gli ordinamenti degli Stati nazionali. Questo processo costituente verrà analizzato sotto un duplice punto di vista: quello ideologico e quello materiale. Dal punto di vista ideologico il processo conduce a quella fuga dalla politica che sarà definita come "legittimazione tecnocratica": sostituzione delle decisioni politiche con moduli procedimentali o operativi, nell'ambito di una concezione anticostruttivista e antivolontarista degli ordinamenti giuridici. Dal punto di vista materiale la strutturazione della nuova *governance* economica europea è identificabile invece con la sostituzione della sovranità del lavoro con la sovranità del credito.

**Abstract:** The present paper starts with the analysis of the latest proposals of the European Commission concerning the integration of the fiscal compact in the European law system and the institution of an European monetary fund. The paper analyses the way how, during the crisis, the States and the European institutions have rebuilt radically the mechanism of the economic governance. It will be described a constituent process that affects both the supranational organization and the national constitutional systems. This process will be analysed under the ideological point of view and the material point of view. From the ideological side, the process leads a depoliticization defined as "technocratic legitimation": the substitution of political decisions with procedures and practices, concerning an

anticonstructivist and antivoluntaristic idea of law. From the material point of view, it is possible to identify the new economic governance through the substitution of sovereignty of the labour with the sovereignty of credit.

**Parole chiave:** Fiscal compact – Fondo salvastati – BCE – Legittimazione tecnocratica – Sovranità del credito.

**Key words:** Fiscal compact – State rescue fund – BCE –technocratic legitimacy – sovereignty of credit.

## CRISI DELLA REGOLAZIONE NEO-LIBERISTA ED ESPLOSIONE DEI DEBITI SOVRANI: IL CASO DELL'UNIONE EUROPEA\*.

di Salvatore D'Acunto\*\* e Domenico Suppa\*\*\*

**Sommario.** 1. Introduzione. 2. Controllo del conflitto di classe e regolazione macroeconomica: la svolta neo-liberista. 3. Bolle, crisi bancarie e *bail-out*: la sottile frontiera tra debito privato e debito pubblico. 4. La peculiarità della vicenda europea. 5. Gli effetti dell'*austerity* sulla dinamica del debito pubblico. 6. Conclusioni.

42

### 1. Introduzione.

L'aggravarsi dell'esposizione finanziaria degli stati membri dell'Unione Europea (d'ora in avanti UE) è stato il tema al centro delle attenzioni del dibattito tecnico-politico in Europa nell'ultimo decennio. Come è noto, infatti, l'*establishment* politico ed economico europeo ha individuato nella dimensione del debito pubblico dei Paesi membri il principale responsabile della recessione che ha colpito il vecchio continente a partire dal 2008. Le parole del ministro delle finanze tedesco Wolfgang Schauble rappresentano il più esemplare "manifesto" di questa interpretazione della crisi:

«The truth is that a number of European and G20 countries have over the past decades lived well beyond their means. (...). Even in good times, governments have for too long been spending more than they earned. Perhaps worse, some also spent more than they could easily repay, given their economies' declining long-term growth potential because of the ageing of their populations. The profligacy of governments has led to levels of debt that will become unsustainable if we do not at once begin to reduce them. Not to do so risks seriously compromising our ability to shape our future, and will also prevent our children and grandchildren from shaping theirs».<sup>55</sup>

Nella retorica dell'*establishment*, questa interpretazione della recessione europea si è andata ad incastrare dentro l'ormai consolidata vulgata della *mainstream economics* che

---

\*Sottoposto a referaggio.

\*\* Professore Associato in Economia politica, Università della Campania "L. Vanvitelli".

\*\*\* Professore a contratto in Economia politica, Università telematica "G. Fortunato".

<sup>55</sup> W. Schauble, *A Plan to Tackle Europe's Debt Mountain*, in *Europe's World*, Autumn 2010.

spiega la dinamica del debito pubblico come esito naturale della dialettica tra gruppi sociali e autorità di governo che caratterizzerebbe le democrazie rappresentative. Nell'ambito di questo filone di analisi, infatti, le finanze statali vengono interpretate come una sorta di *common pool* che i governi sfrutterebbero per soddisfare le richieste degli elettori al fine di massimizzare la probabilità di rielezione. Pertanto, le risorse statali sarebbero sottoposte ad un regolare sovra-sfruttamento, il cui esito sarebbe l'accumulazione di debiti di ammontare progressivamente crescente<sup>56</sup>.

L'ovvia implicazione dell'interazione tra queste due relazioni causali (la crisi economica dipende dal debito + il debito è l'esito della democrazia) è l'idea, sempre più *popolare* nelle agenzie di *governance* macroeconomica e nei circuiti mediatici, che esista un significativo *trade-off* tra performance macroeconomica e democrazia, e che un efficace contrasto al rallentamento della crescita in Europa non possa prescindere da una riscrittura del patto costituzionale tra governanti e governati che recida il nesso di responsabilità politica dei primi nei confronti dei secondi. Non è quindi un caso che lo sforzo più significativo prodotto dall'UE per fronteggiare la recessione sia stata una progressiva sottrazione di prerogative ai parlamenti e ai governi nazionali attraverso l'infittirsi di vincoli alla dimensione e alla destinazione della spesa pubblica e la progettazione di meccanismi di surroga nei confronti dei parlamenti eventualmente inottemperanti<sup>57</sup>.

Tuttavia, questi due *pilastri* teorici, su cui si fonda tutta l'impostazione di *policy* dell'UE, non sembrano reggere ad una analisi della dinamica delle principali macrovariabili implicate. In primo luogo, infatti, l'esplosione del debito sovrano in alcuni Paesi membri sembra più l'esito di uno *shock* improvviso che l'effetto cumulato di una lenta dinamica incrementale attribuibile al lungo protrarsi dell'abitudine di "...vivere al di sopra dei propri

---

<sup>56</sup> Questo approccio all'analisi della dinamica del debito pubblico risale a J.M. Buchanan, *Public Principles of the Public Debt*, Homewood, Illinois, 1958. Più recentemente, su un'analoga linea interpretativa, A. Alesina, G. Tabellini, *A Positive Theory of Fiscal Deficits and Government Debt in a Democracy*, in *Review of Economic Studies*, 57, 3, July 1990; A. VELASCO, *Debts and Deficits with Fragmented Fiscal Policymaking*, in *Journal of Public Economics*, 76, 1, April 2000; J. Von Hagen, I.J. Harden, *Budget Processes and Commitment to Fiscal Discipline*, in *European Economic Review*, 39, 1995.

<sup>57</sup> Ci si riferisce in particolare al sistema di vincoli alle politiche fiscali risultante dal Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la *governance* nell'unione economica e monetaria, meglio noto come *Fiscal Compact*, e dai regolamenti contenuti nei cosiddetti *Two Pack* e *Six Pack*. Sul tema ci si soffermerà ampiamente nei paragrafi successivi. Per informazioni di maggiore dettaglio, si veda EUROPEAN COMMISSION, *Six-Pack? Two-Pack? Fiscal Compact? A Short Guide to the New EU Fiscal Governance*, [http://ec.europa.eu/economy\\_finance/articles/governance/2012-03-14\\_six\\_pack\\_en.htm](http://ec.europa.eu/economy_finance/articles/governance/2012-03-14_six_pack_en.htm).

mezzi”, per usare le parole di Schauble. In secondo luogo, la sottrazione delle decisioni fiscali agli organi espressione della sovranità popolare realizzata dall’UE negli anni della crisi non sembra aver posto un argine alla crescita del debito.

In questo contributo si intende proporre una chiave interpretativa alternativa della dinamica del debito pubblico in Europa alla luce di alcune evidenze empiriche relative all’ultimo ventennio. Si intende cioè sostenere che la abnorme lievitazione dell’esposizione finanziaria di alcuni stati membri dell’UE nel periodo oggetto di analisi sia il risultato dell’operare congiunto di tre fenomeni diversi: (a) la fisiologica propensione alla fragilità delle istituzioni finanziarie che caratterizza strutturalmente il modello neoliberista di regolazione del capitalismo, e che obbliga il settore pubblico a operazioni di salvataggio frequenti e di dimensione massiccia; (b) la peculiarità del modello di regolazione macroeconomica adottato dall’Eurozona, che tende ad innescare dinamiche di crescita trainate da bolle speculative nei Paesi a debole performance commerciale; (c) la strategia di contrasto alla crisi scelta dall’UE, caratterizzata dall’inasprimento della già rigida disciplina fiscale prevista dal Trattato istitutivo per effetto dell’entrata in vigore del *Fiscal Compact* e dei cosiddetti *Two Pack* e *Six Pack*.

Il saggio è articolato nel modo seguente. Nel § 2 si contestualizza la vicenda del debito pubblico in Europa all’interno della fase attuale dello sviluppo capitalistico, focalizzando l’attenzione sulle conseguenze della transizione, avvenuta tra la fine degli anni ’70 e l’inizio degli anni ’80, da un modello di regolazione macroeconomica basato sul compromesso tra capitale e lavoro e sul ruolo chiave del settore pubblico come mediatore del conflitto di classe (*fordismo-keynesismo*), ad un modello di regolazione a basso grado di intermediazione istituzionale e che fa invece affidamento sul ruolo dei mercati sia per governare il conflitto di classe, sia per realizzare gli aggiustamenti macroeconomici necessari al processo di riproduzione capitalistica (*neoliberismo*).

Una ricca letteratura ha sostenuto che la transizione al regime di regolazione neoliberista abbia alterato in maniera significativa le modalità di funzionamento delle economie ad industrializzazione avanzata, determinando una sistematica ipertrofia del settore finanziario, una quasi naturale inclinazione dei sistemi economici a crescere attraverso la produzione di bolle speculative e, conseguentemente, accentuando la vulnerabilità delle

istituzioni finanziarie agli shock esogeni<sup>58</sup>. Come si argomenterà nel § 3, questo mutamento ha reso necessaria una sostanziale modificazione del ruolo del settore pubblico, esautorato dalle funzioni di regolatore del conflitto sociale e di garante dell'equilibrio macroeconomico, ma costretto invece sempre più frequentemente ad intervenire in soccorso di un sistema finanziario sull'orlo del collasso. L'esplosione dei debiti sovrani nelle economie ad industrializzazione avanzata nell'ultimo decennio appare infatti, alla luce dell'evidenza empirica proposta in questo lavoro, in gran parte il risultato di questo sforzo del settore pubblico di ricucire gli squarci aperti negli equilibri macroeconomici dall'effervescenza di un settore finanziario che si muove senza più alcun ancoraggio ai fondamentali economici sottostanti.

Sebbene la lievitazione dei debiti sovrani sia l'esito di fenomeni che vanno ben al di là della dimensione continentale, la vicenda europea presenta tuttavia peculiarità meritevoli di approfondimento. Nel § 4 l'attenzione viene pertanto spostata su alcune caratteristiche del modello di regolazione macroeconomica dell'Eurozona che hanno ulteriormente accentuato la lievitazione dei *leverage ratios* delle banche europee, aggravandone la vulnerabilità agli *shock*. Grande rilevanza viene attribuita, in particolare, alla scelta di lasciare ai mercati deregolamentati il compito di correggere gli squilibri commerciali tra i Paesi membri dell'Eurozona e le conseguenti distorsioni dei flussi finanziari. Come si vedrà, i mercati sono infatti apparsi incapaci di allocare il risparmio generato dai Paesi del *core* verso l'irrobustimento della struttura produttiva dei Paesi periferici, determinando una sistematica accentuazione degli squilibri, piuttosto che il loro superamento.

Il § 5 è invece dedicato ad una valutazione degli effetti sulla dinamica del debito pubblico della strategia dell'*austerity* scelta dall'Eurozona per fronteggiare la crisi. Come si vedrà, il dibattito sull'argomento fornisce molta evidenza empirica a sostegno dell'ipotesi che le politiche fiscali pro-cicliche siano assai inadatte a realizzare il consolidamento fiscale. Infine, nel § 6 si riassume la trama interpretativa che emerge dall'indagine.

---

<sup>58</sup> Cfr. ad esempio A. Glyn, *Capitalismo scatenato*, Brioschi, Milano, 2007; J. Grotty, *Structural Causes of the Global Financial Crisis: A Critical Assessment of the New Financial Architecture*, in *Cambridge Journal of Economics*, 2009, 33; D.M. Kotz, *The Financial and Economic Crisis of 2008: A Systemic Crisis of Neoliberal Capitalism*, in *Review of Radical Political Economy*, 2009, 41.

## 2. Controllo del conflitto di classe e regolazione macroeconomica: la svolta neo-liberista.

Una lunga tradizione di pensiero, di cui probabilmente Keynes, Kaldor e Kalecki sono gli interpreti più celebrati, ha chiarito che l'economia capitalistica è un congegno assai delicato, il cui armonico funzionamento è legato in maniera decisiva all'equilibrio nei rapporti di forza tra capitale e lavoro. Lavoratori dipendenti e capitalisti esibiscono infatti atteggiamenti profondamente differenziati rispetto alla spesa, e quindi contribuiscono in maniera assai diversa all'assorbimento della produzione: i primi spendono una quota molto elevata dei propri salari per soddisfare i bisogni legati alla sussistenza, mentre i consumi dei secondi assommano in genere ad una quota molto bassa dei loro profitti.<sup>59</sup> Il completo assorbimento della produzione necessita quindi che i capitalisti convertano la quota dei profitti risparmiata in nuovi beni capitali. Ma, evidentemente, questa opzione è condizionata dalle aspettative relative ai saggi di profitto futuri: in condizioni di incertezza circa la possibilità di valorizzazione del proprio capitale, un'alternativa plausibile è ovviamente detenere la ricchezza nella sua forma universale, il denaro, piuttosto che in forma di merci. Le oscillazioni degli acquisti di beni capitali sono quindi una caratteristica connaturata all'organizzazione capitalistica dell'economia, e l'equilibrio tra spesa e produzione aggregata, condizione di coerenza reciproca tra le decisioni delle diverse categorie di operatori che partecipano al processo produttivo, si presenta pertanto come assai problematica<sup>60</sup>.

Questa problematicità si è evidenziata in maniera drammatica per la prima volta negli

---

<sup>59</sup> L'idea che i comportamenti degli individui rispetto al consumo siano profondamente differenziati a seconda della posizione da essi occupata nell'organizzazione produttiva risale agli studiosi *classici* (Ricardo, Malthus, Marx). I paladini di questa visione che hanno esercitato maggiore influenza nella teoria economica del novecento sono stati J.M. Keynes, *A Treatise on Money*, MacMillan, London; M. Kalecky, *Teoria della dinamica economica*, Einaudi, Torino, 1957; e N. Kalador, *Alternative Theories of Distribution*, in *Review of Economic Studies*, 1955-56. Per una recente valutazione empirica di questa ipotesi comportamentale, cfr. E. Dynan, J. Skinner e S.P. Zeldes, *Do the Rich Save More?*, in *Journal of Political Economy*, 2004.

<sup>60</sup> L'idea che le crisi economiche traggano origine invariabilmente dalla diversione di una parte della ricchezza accumulata dalla classe proprietaria *nella detenzione di scorte liquide* è condivisa da studiosi per altri versi assai distanti come Marx e Keynes, e dai rispettivi epigoni. Il riferimento essenziale per la visione keynesiana è ovviamente J.M. Keynes, *Teoria generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta*, UTET, Torino, 2001 [1936]. La teoria marxiana delle crisi è invece efficacemente sintetizzata in P.M. Sweezy, *La teoria dello sviluppo capitalistico*, Boringhieri, Torino, 1970, cap. VIII, e in A. Graziani, *Una lezione su Marx*, in A. Graziani, A. Cecchella, S. Sylos Labini e S. Lombardini (a cura di), *1883-1983: K. Marx – J.M. Keynes cent'anni dopo*, ETS, Pisa, 1984.

anni '30 del secolo scorso, con la cosiddetta *Grande Depressione*, quando le oscillazioni verso il basso degli investimenti determinarono una caduta violenta del livello di attività economica e di occupazione, e la caduta dei salari reali indotta dalla disoccupazione, privando di sbocchi le imprese produttrici di beni di consumo, finì per inasprire la recessione. Apparve quindi evidente che un'economia capitalistica può sopravvivere alle oscillazioni verso il basso degli investimenti solo se dispone di *dispositivi* in grado di controbilanciarne l'effetto negativo sulla spesa aggregata. Pertanto, all'indomani del secondo conflitto mondiale, nei Paesi ad industrializzazione avanzata si consolidò un approccio alla regolazione macroeconomica imperniato su un *mix* di modelli di relazioni industriali orientati alla protezione e all'irrobustimento della forza contrattuale delle organizzazioni dei lavoratori, di sistemi di assicurazione degli individui contro i rischi legati alla perdita del lavoro e di politiche fiscali anticicliche da parte dei governi (*fordismo-keynesismo*). L'idea di fondo era che alti salari, sussidi di disoccupazione e spesa pubblica avrebbero costituito un argine contro i circoli viziosi reddito-consumo che tipicamente si innescano durante una fase congiunturale negativa, impedendo alle oscillazioni cicliche degli investimenti di dar luogo a recessioni intense e prolungate.

Questo modello di regolazione dell'economia venne però abbandonato intorno alla fine degli anni '70 del secolo scorso, quando nelle economie occidentali si materializzò la ben nota profezia di Kalecki circa l'incompatibilità tra capitalismo e piena occupazione<sup>61</sup>. Con la sostanziale scomparsa del rischio della disoccupazione, infatti, la forza negoziale dei lavoratori nel conflitto distributivo si era significativamente accresciuta. Decisa a ricostituire i margini di profittabilità erosi dalle lotte sindacali dei decenni precedenti, la classe capitalistica mise in campo tutta la sua capacità di persuasione ideologica e di pressione politica per promuovere l'adozione di un nuovo modello di regolazione fondato sull'abbattimento delle barriere al movimento delle merci e dei capitali tra le nazioni, sul disimpegno dello stato dalle funzioni di coordinamento macroeconomico e di assicurazione

---

<sup>61</sup> In un noto saggio del 1943, Kalecki rilevava che, in un'economia capitalistica, la piena occupazione è una situazione insostenibile nel lungo periodo, poiché riduce le remore dei lavoratori alla lotta sindacale e crea un contesto favorevole ad una redistribuzione progressiva del reddito, suscitando quindi l'ostilità dei capitalisti, l'astensione di questi dal reinvestimento dei profitti, e quindi una crisi economica (M. Kalecki, *Political Aspects of Full Employment*, in *Political Quarterly*, 14, 1943). In realtà si tratta dell'antica idea di Marx secondo cui il funzionamento del capitalismo non può prescindere dall'esistenza di un corposo "esercito industriale di riserva". Le oscillazioni verso il basso del tasso di accumulazione del capitale svolgerebbero, secondo questa interpretazione, la funzione di regolare il conflitto di classe, ricostituendo ciclicamente le riserve di forza lavoro erose dalla crescita economica.

contro l'incertezza, e sul ritorno ad un ruolo centrale dei mercati nell'allocazione delle risorse produttive e nella determinazione dei relativi prezzi (*neo-liberismo*)<sup>62</sup>.

L'esito di questa svolta è stato l'avvio di un intenso processo di redistribuzione regressiva in tutte le economie a industrializzazione avanzata. Sottoposti sistematicamente al ricatto delle delocalizzazioni produttive, privati delle certezze esistenziali fino a quel momento garantite dalle politiche economiche anticicliche e dal sistema di welfare, i lavoratori subiscono una significativa perdita di forza negoziale. Nei Paesi OCSE, a partire dalla fine degli anni '70, la conflittualità nelle relazioni industriali tende decisamente a scemare, fino a scomparire sostanzialmente all'inizio degli anni '90. I salari reali, che nel periodo 1960-1978 erano cresciuti a ritmi compresi tra il 3% e il 5% annuo, a partire dall'inizio degli anni '80 inaugurano un trend di sostanziale stagnazione<sup>63</sup>. Di riflesso, la quota di reddito dei profitti lordi industriali, che negli anni '70 era scesa al di sotto del 30%, riprende a salire significativamente, e tutti gli indicatori di disuguaglianza fanno registrare un marcato aumento<sup>64</sup>.

La fine dell'esperimento fordista-keynesiano, tuttavia, mentre ha ricostituito condizioni di profittabilità soddisfacenti per le imprese, dall'altro ha avuto l'inevitabile conseguenza di caricare sulle spalle del sistema finanziario un peso sempre più gravoso. Infatti, da un lato la concentrazione dei redditi nelle mani di un numero sempre più ristretto di super-ricchi produceva l'effetto di spingere tendenzialmente verso l'alto la propensione al risparmio della collettività, dall'altro il lucchetto imposto al borsellino della spesa dello stato rendeva il riciclo delle eccedenze di risparmio sempre più dipendente dalla capacità dei mercati finanziari di canalizzarle verso gli investimenti<sup>65</sup>. La quadratura del cerchio fu trovata estendendo al settore finanziario il principio della competizione senza regole e

<sup>62</sup> Per un'analisi della svolta neoliberista, si rinvia alle ottime ricostruzioni di A. Glyn, *Capitalismo scatenato*, cit., e di D. Harvey, *Breve storia del neoliberismo*, Il Saggiatore, Milano, 2007.

<sup>63</sup> Al riguardo, si rimanda alla documentazione statistica riportata in A. Glyn, *Capitalismo scatenato*, cit., pp. 30-31.

<sup>64</sup> Per accurate indagini sull'evoluzione della disuguaglianza nei Paesi industrializzati nell'ultimo quarantennio, si rinvia a T. Piketty, *Il capitale nel XXI secolo*, Bompiani, Milano, 2014, e a A.B. Atkinson, *Disuguaglianza. Che cosa si può fare?*, Cortina, Milano, 2015.

<sup>65</sup> "Il corollario della crescita delle disuguaglianze dei redditi è una debolezza strutturale della domanda globale, perché coloro che spendono tutto o quasi tutto il loro reddito hanno meno da spendere e coloro che già stentano a spendere anche una frazione del loro reddito lo vedranno aumentare, e risparmieranno dunque di più", J.P. Fitoussi, *Il teorema del lampione*, Einaudi, Torino, 2013, p. 87-88. Sull'argomento, cfr. anche A. Barba, M. Pivetti, *Changes in Income Distribution, Financial Disorder and Crisis*, in E. Brancaccio, G. Fontana, (a cura di), *The Global Economic Crisis. New Perspectives on the Critique of Economic Theory and Policy*, Routledge, 2011, e J.E. Stiglitz, *Il prezzo della disuguaglianza*, Einaudi, Torino, 2013, p. 145.

lubrificandone il funzionamento con robuste immissioni di liquidità da parte della Fed e delle altre banche centrali dei Paesi industrializzati. Come si vedrà nella sezione successiva, si trattò di una soluzione di respiro assai corto. Le turbolenze finanziarie che hanno investito i sistemi economici occidentali nell'ultimo ventennio sembrano infatti suggerire che, a dispetto della fiducia in essi risposta dalla *mainstream economics* e dalle principali agenzie di *governance* macroeconomica *globale*, le spalle dei mercati finanziari deregolamentati non siano sufficientemente robuste da sostenere il peso degli aggiustamenti macroeconomici e garantire una crescita senza bruschi scossoni.

### **3. Bolle, crisi bancarie e *bail-out*: la sottile frontiera tra debito privato e debito pubblico.**

Il copione che si mette in scena nelle economie industrializzate all'alba del nuovo millennio può essere quindi racchiuso in poche immagini ad effetto: da un lato, una gran massa di lavoratori pauperizzati che, a dispetto della precarietà della loro occupazione, della stagnazione dei salari reali e della sempre più limitata copertura assicurativa contro l'incertezza esistenziale, cercano tuttavia di mantenere stabili i propri livelli di consumo; dall'altro una sempre più ristretta classe di privilegiati alla ricerca di occasioni profittevoli di impiego del loro sempre più abbondante risparmio; nel mezzo, la sempre più variegata famiglia delle istituzioni creditizie (banche, fondi di investimento, fondi pensione, istituti di cartolarizzazione, ecc.) che cercano di far profitti inventando strumenti finanziari in grado di mettere d'accordo i desideri dei primi con quelli dei secondi.

Apparentemente una storia non nuova, che però si svolge all'interno di un assetto istituzionale che è profondamente mutato nel ventennio precedente. Prima degli anni '80, nella gran parte dei Paesi industrializzati vigevano vincoli molto rigidi ai tassi di interesse che le istituzioni creditizie potevano offrire e applicare alla clientela, alla tipologia di prestiti che potevano erogare, alle caratteristiche delle attività finanziarie che potevano acquistare. Chi voleva contrarre un mutuo per acquistare un immobile doveva versare un acconto di dimensioni sostanziose in rapporto all'importo del mutuo e poteva indebitarsi solo per un multiplo relativamente basso del proprio reddito<sup>66</sup>. Ma le cose cominciano a

---

<sup>66</sup> Cfr. A. Glyn, *Capitalismo scatenato*, cit., p. 89.

cambiare all'inizio degli anni '80. Con il *Monetary Control Act* (1980) e il *Garn St. Germain Act* (1982), gli Stati Uniti si avviano decisamente sulla strada della deregolamentazione del settore creditizio. Le norme che vietavano alle banche di pagare interessi su varie tipologie di depositi vengono abrogate, spingendole così a competere aggressivamente sul mercato della raccolta. Di conseguenza, i tassi passivi lievitano, costringendo le banche ad investire in attività sempre più rischiose, in modo da guadagnare abbastanza da bilanciare i crescenti costi della raccolta. Questa tendenza viene a sua volta assecondata da una legislazione sempre più permissiva in tema di tipologia degli impieghi e relativi tassi. Il momento culminante di questo processo di liberalizzazione è l'abolizione del *Glass-Steagall Act* (1999), che aveva fino a quel momento separato in maniera rigida l'attività bancaria tradizionale dal cosiddetto *investment banking*, evento che apre la strada alla formazione di colossi finanziari in grado di esercitare contestualmente entrambe le tipologie di attività, e quindi di utilizzare i soldi dei depositanti per scommesse finanziarie assai rischiose.<sup>67</sup> L'esempio degli Stati Uniti fu presto seguito, con ritmi e modalità diverse, da tutti i Paesi industrializzati.

La deregolamentazione finanziaria facilitò enormemente l'accesso al credito da parte delle famiglie per finanziare i consumi o l'acquisto di immobili. La feroce competizione sul mercato degli impieghi spinse infatti gli intermediari, pur di procacciarsi nuova clientela, ad abbassare gli standard di solvibilità richiesti agli affidatari. Gli effetti di questo fenomeno sono sintetizzati nella Fig. 1, dove si descrive l'andamento dell'indebitamento delle famiglie in rapporto al PIL in alcuni Paesi industrializzati lungo il periodo 1995-2008. Come si può notare, con le significative eccezioni della Germania e del Giappone, il tasso di indebitamento delle famiglie fece registrare, nel pur breve intervallo di riferimento, una crescita di dimensioni abnormi. La parte più massiccia di questo indebitamento andò a finanziare l'acquisto di immobili. Secondo l'ex governatore della *Bank of England* Mervyn King, tra il 1986 e il 2006 il valore dei mutui immobiliari passò dal 70% al 120% del reddito totale delle famiglie negli Stati Uniti e dal 90% al 140% nel Regno Unito<sup>68</sup>.

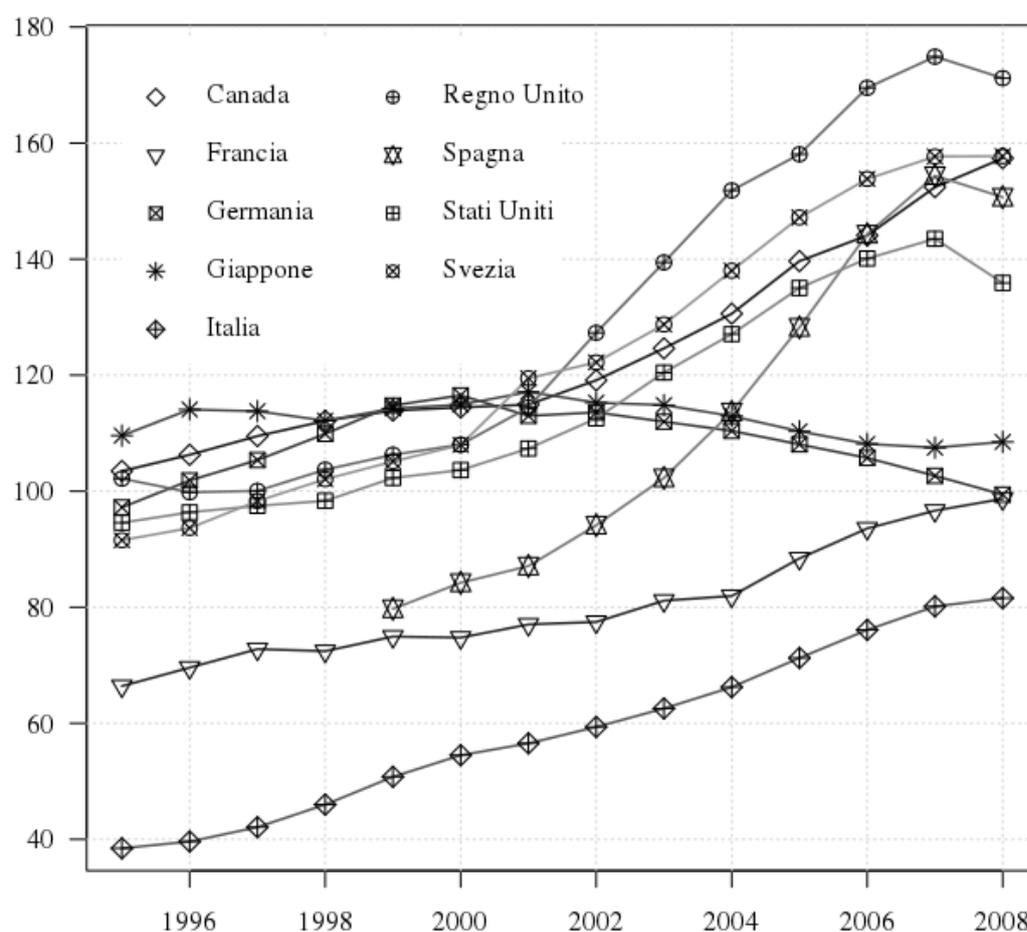
La deregolamentazione finanziaria assunse quindi il ruolo di dispositivo-chiave della

---

<sup>67</sup> Un'ottima sintesi dei momenti-chiave del processo di deregolamentazione che ha investito il settore creditizio nell'ultimo ventennio del secolo scorso è contenuta in P. Krugman, *Fuori da questa crisi, adesso!*, Garzanti, Milano, 2012, pp. 69-86. Sull'argomento, cfr. anche J.P. Fitoussi, *Il teorema del lampione*, cit., pp. 35-67.

<sup>68</sup> Cfr. M. King, *La fine dell'alchimia. Il futuro dell'economia globale*, Il Saggiatore, Milano, 2017, p. 33.

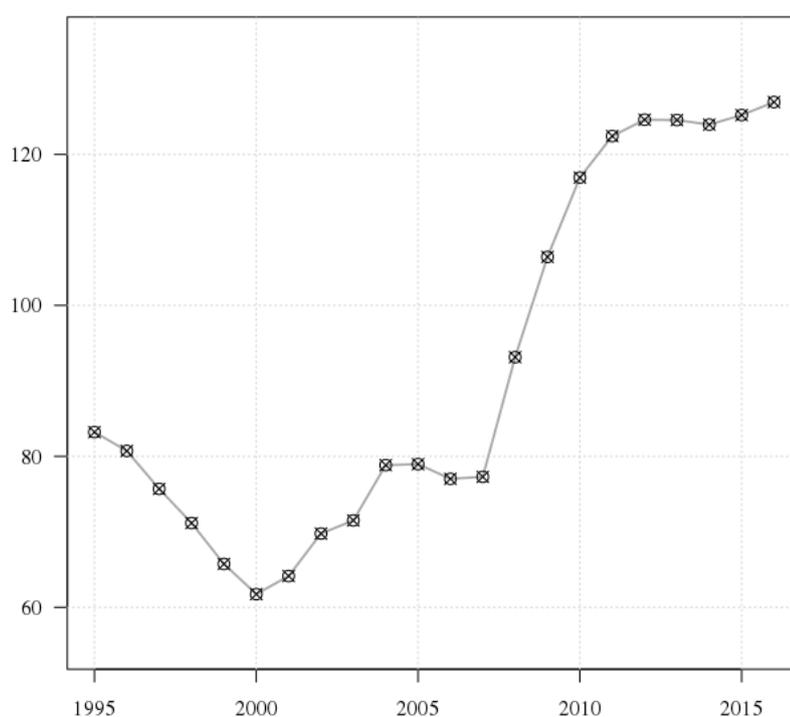
regolazione macroeconomica: il crescente indebitamento delle famiglie che essa rendeva possibile aveva infatti l'effetto di sostenere la domanda (di beni di consumo durevoli e di immobili) in un contesto di salari reali stagnanti e di restrizione fiscale, contribuendo in maniera decisiva all'assorbimento del risparmio eccedente. Non solo: spinti dal fiume di credito che si stava riversando nel mercato degli immobili, i prezzi delle case aumentavano a una velocità mozzafiato<sup>69</sup>, stimolando un *boom* nel settore delle costruzioni e alimentando la crescita del PIL e dell'occupazione.



<sup>69</sup> I riscontri empirici alla correlazione tra indebitamento delle famiglie e prezzi degli immobili sono numerosi. Senza alcuna pretesa di completezza, si segnalano E. Cerutti, J. Dagher, G. Dell'Ariceia, *Housing Finance and Real-Estate Booms: A Cross-Country Perspective*, in *IMF Staff Discussion Note*, SDN/15/12, June 2015; C. Andr , *Household Debt in OECD Countries. Stylized Facts and Policy Issues*, in *OECD Economics Department Working Papers*, 1277, 2016.

**FIG. 1 - Indebitamento delle famiglie in alcuni Paesi industrializzati 1995-2007**  
(Fonte: OCSE).

A loro volta, le famiglie diventavano sempre più propense a “monetizzare” gli incrementi di valore degli immobili di proprietà e a utilizzarli per espandere i propri consumi, desiderio che le banche tendevano a soddisfare senza grandi problemi attraverso la formula del prestito garantito da ipoteca<sup>70</sup>. Così, la bolla creata dal credito stimolò un’espansione produttiva e occupazionale di dimensioni significative, producendo l’illusione che l’occidente industrializzato avesse ritrovato la formula magica per tornare a crescere ai ritmi degli anni ’60.



**FIG. 2 – Debito pubblico / PIL, Stati Uniti 1995-2015**  
(Fonte: OCSE).

Ovviamente, con il progressivo gonfiarsi dei *debt ratios* degli operatori, la vulnerabilità del

<sup>70</sup> Sulla correlazione tra consumi e prezzi degli immobili nel periodo oggetto di analisi, cfr. Y. Varoufakis, *Il minotauro globale*, Asterios, Trieste, 2012, pp. 146-47.

sistema agli shock tende ad aumentare, e anche una perturbazione di carattere locale o settoriale, ripercuotendosi sulla catena dei rapporti di debito/credito, può dar vita ad un tumultuoso processo di smobilizzazione delle attività e a una conseguente rovinosa caduta dei relativi prezzi<sup>71</sup>. Il crollo del valore dei CDO farciti di mutui *spazzatura* fu probabilmente la puntura di spillo che provocò lo scoppio della bolla negli Stati Uniti. Da qui al contagio del settore reale dell'economia, il passo fu brevissimo: con la caduta dei prezzi delle attività finanziarie, i possessori tentarono in ogni modo di forzare il *rientro* dei propri crediti, e i debitori furono quindi costretti a ridurre i consumi per rimborsare le proprie passività. A sua volta, la caduta della domanda spinse le imprese a contrarre la produzione e l'occupazione. Nel giro di qualche mese, i conti correnti di coloro che avevano perso il lavoro si prosciugarono, e una gran massa di individui diventò incapace di pagare le rate del mutuo e dell'automobile. Toccò al governo degli Stati Uniti salvare un sistema bancario sull'orlo del collasso, rastrellando (con denaro pubblico) i titoli tossici nella pancia di molte banche d'investimento americane. E così il debito pubblico, che aveva stazionato stabilmente al di sotto dell'80% del PIL lungo tutto il periodo tra il 1995 e il 2007, schizzò in soli 5 anni al 125% del PIL (Fig. 2).

Se quindi proviamo a guardare sotto il velo dei tecnicismi e a ricostruire il senso complessivo della vicenda dei salvataggi, sulla tela si disegna un quadro caratterizzato ancora una volta da una brutale operazione redistributiva a danno della classe lavoratrice. Alla fine della storia, molti lavoratori americani si ritrovarono infatti senza un'occupazione e/o senza la casa che avevano faticosamente acquistato. Chi aveva investito la propria ricchezza in istituti di credito che operavano assai spregiudicatamente nell'immobiliare si ritrovò invece (con la sola eccezione dei creditori di *Lehman Brothers*) a godere del confortevole ombrello protettivo gentilmente offerto dal settore pubblico. E infine chi, terrorizzato dagli eventi, aveva frettolosamente liquidato le proprie attività presso banche e altre istituzioni creditizie, trovò immediatamente il modo di reimpiegare in maniera redditizia quella liquidità nelle aste dei titoli del debito pubblico emessi per *salvare* gli istituti creditizi sull'orlo del fallimento. I primi continuavano in realtà a pagare interessi ai

---

<sup>71</sup> La fonte di riflessione sicuramente più ricca sull'argomento è l'opera di Hyman Minsky, autore considerato una figura marginale per tutta la carriera, e a cui il destino ha invece riservato un momento di straordinaria fortuna teorica proprio in corrispondenza della crisi del 2008, circa un decennio dopo la sua scomparsa. Sulla teoria minskyana dell'instabilità finanziaria, si veda in particolare H.P. Minsky, *Potrebbe ripetersi? Instabilità e finanza dopo la crisi del '29*, Torino, Einaudi, 1984.

secondi e ai terzi. L'unica (assai sottile) differenza era la formula giuridica che legittimava formalmente quei trasferimenti di ricchezza: non più interessi sul mutuo per l'acquisto di un immobile, bensì imposte a copertura del pagamento degli interessi sul debito pubblico improvvisamente lievitato.

#### 4. La peculiarità della vicenda europea.

Sebbene la vulgata dominante nel vecchio continente si sia a lungo compiaciuta di raccontare di un'Europa diversa, più sobria, aliena agli eccessi finanziari dei cugini d'oltreoceano, la vicenda europea appare, nei suoi tratti generali, molto simile a quella americana. Anche l'Europa, all'inizio degli anni '80, si ritrova alle prese con la liquidazione del *compromesso keynesiano-fordista*, e anche in Europa il processo di redistribuzione regressiva che ne risulta obbliga le agenzie di regolazione macroeconomica a progettare un assetto istituzionale che metta il sistema creditizio in condizione di provvedere all'assorbimento di una massa di risparmio in tendenziale sostenuta crescita.

Ma, in Europa, la già intrinsecamente problematica transizione al nuovo regime si presenta con un grado di complessità di gran lunga superiore rispetto agli Stati Uniti. Infatti, all'inizio degli anni '80, in Europa non esiste *un* sistema finanziario, bensì una pleora di sistemi finanziari nazionali che disomogeneità normative e fiscali e, soprattutto, la frammentazione monetaria, congiurano a tenere abbastanza rigidamente separati. All'*establishment* economico e politico appare quindi evidente che solo con l'adozione di una moneta comune, mettendo i risparmiatori al sicuro dal rischio di cambio, i capitali avrebbero potuto cominciare a viaggiare liberamente attraverso il continente alla ricerca di impieghi redditizi. Il progetto di integrazione monetaria è quindi, in gran parte, la forma specifica in cui si incarna, in Europa, la transizione al modello di regolazione macroeconomica neoliberista.

La soluzione data a Maastricht al puzzle del *design* della moneta unica riflette per molti aspetti queste premesse: in particolare, appare difficile spiegare l'ossessione di comprimere gli spazi di sovranità degli stati membri e la *scientifica* esclusione di qualsivoglia meccanismo di mutualizzazione dei rischi macroeconomici se non nella prospettiva di evitare qualsiasi *disturbo* al funzionamento del congegno di macro-regolazione basato sui

mercati<sup>72</sup>. L'assetto che ne risulta si configura come un esperimento inedito e inquietante: governi nazionali che si ritrovano titolari di una sovranità fiscale *monca*, un'autorità monetaria a cui è vietato assecondare le politiche fiscali anticicliche e che non ha poteri di vigilanza sui bilanci delle banche, un bilancio federale di dimensioni ridicole per poter funzionare da cassa di compensazione degli shock asimmetrici, nessuno strumento deputato alla correzione degli squilibri commerciali tra i Paesi membri<sup>73</sup>.

Calata dentro questo assetto istituzionale, le politiche mercantiliste praticate dalla Germania hanno l'effetto di una tanica di benzina sul fuoco. La deregolamentazione selvaggia del mercato del lavoro realizzata dal governo Schroeder all'inizio del millennio, indebolendo ulteriormente le organizzazioni dei lavoratori, consente alla Germania di congelare sostanzialmente la dinamica del costo del lavoro per unità di prodotto e di guadagnare competitività nei confronti dei partner dell'Eurozona<sup>74</sup>. A partire dal 2004, la bilancia commerciale tedesca fa registrare sistematicamente saldi attivi di dimensione superiore (e a volte *di gran lunga* superiore) al 4% del PIL, e che si riflettono in gran parte nei deficit dei Paesi periferici dell'Unione<sup>75</sup>. Nelle banche tedesche (e olandesi) va cioè accumulandosi una imponente massa di risparmio alla ricerca di impiego fruttifero che, grazie alla scomparsa del rischio di cambio garantita dalla moneta unica, viene canalizzata senza difficoltà verso le economie di Irlanda, Spagna, Grecia e Portogallo.

Ovviamente, squilibri commerciali anche prolungati (e il conseguente accumularsi di esposizioni debitorie anche consistenti) non sono necessariamente un fenomeno negativo: al contrario, se il risparmio proveniente dai Paesi in surplus viene utilizzato per alimentare

---

<sup>72</sup> Secondo alcuni studiosi, le regole di governo dell'economia definite dal Trattato di Maastricht, piuttosto che la condivisa adesione dei Paesi membri al quadro teorico neoliberista, rifletterebero invece gli interessi del paese *leader* della federazione monetaria ad esercitare un'egemonia politica ed economica crescente attraverso la propria posizione di "creditore strutturale". Sull'argomento cfr. ad esempio S. Cesaratto, *Chi non rispetta le regole? Italia e Germania e le doppie morali dell'euro*, Imprimatur, Reggio Emilia, 2018.

<sup>73</sup> Non è ovviamente questa la sede adatta per un'analisi dettagliata dell'assetto regolativo definito dal Trattato di Maastricht. Sull'argomento, si consenta il rinvio a S. D'Acunto, *Peculiarità e criticità del modello europeo di sovranità monetaria*, in G. Tarantino (a cura di), *La sovranità in un mondo senza confini*, Giappichelli, Torino, 2015.

<sup>74</sup> Cfr. Y. Varoufakis, *Il minotauro globale*, cit., p. 222; S. Cesaratto, *Notes on Europe, German Mercantilism and the Current Crisis*, in E. Brancaccio, G. Fontana (a cura di), *The Global Economic Crisis*, cit.; E. Brancaccio, M. Passarella, *L'austerità è di destra*, Il Saggiatore, Milano, 2012, pp. 69-73.

<sup>75</sup> A dispetto dell'opinione diffusa secondo cui i deficit commerciali dei Paesi periferici dell'Eurozona dipenderebbero in gran parte dalla debolezza competitiva nei confronti dei cosiddetti "Paesi emergenti", i dati Ocse ed Eurostat sul commercio intraeuropeo documentano, senza possibilità di equivoco, che essi riflettono quasi integralmente il surplus della Germania e dell'Olanda. Sull'argomento, cfr. A. Bagnai, *Il tramonto dell'euro*, Imprimatur, Reggio Emilia, 2012, pp. 91-94; R. Bourgeot, *Labour Costs and Crisis Management in the Euro Zone: a Reinterpretation of Divergencies in Competitiveness*, in *European Issues*, 289, 2013.

investimenti in capacità produttiva e in ammodernamento tecnologico nei Paesi in deficit, esso può essere un ingrediente cruciale per accelerare la crescita di questi ultimi ed eliminare i divari strutturali. Tuttavia, l'Eurozona si ritrova a fronteggiare le perturbazioni determinate dai *trade imbalances* con i propri centri di regolazione dei flussi finanziari ormai completamente disarticolati: da un lato, infatti, i Paesi membri non possono più affidarsi alla svalutazione competitiva per riorientare i flussi di domanda; dall'altro, la BCE è sprovvista di efficaci strumenti di controllo dei rischi sistemici<sup>76</sup>. La funzione di allocazione dei flussi finanziari poggia, a quel punto, quasi esclusivamente sulle spalle dei mercati deregolamentati, e purtroppo i mercati rivelano in quel frangente una sistematica propensione ad allocare il risparmio verso i consumi e l'acquisto di immobili, piuttosto che verso le attività produttive. Pertanto, a dispetto delle peculiarità *formali* che sembrano caratterizzare la vicenda europea rispetto a quella nordamericana, l'assetto istituzionale disegnato a Maastricht si rivela nient'altro che una cornice diversa mediante cui le agenzie di *governance* macroeconomica delegano in realtà ai mercati la funzione di riciclare il risparmio attraverso il consumo delle classi subalterne finanziato dal debito: in altre parole, preservare la stabilità macroeconomica mediante la sistematica produzione di *bolle*<sup>77</sup>.

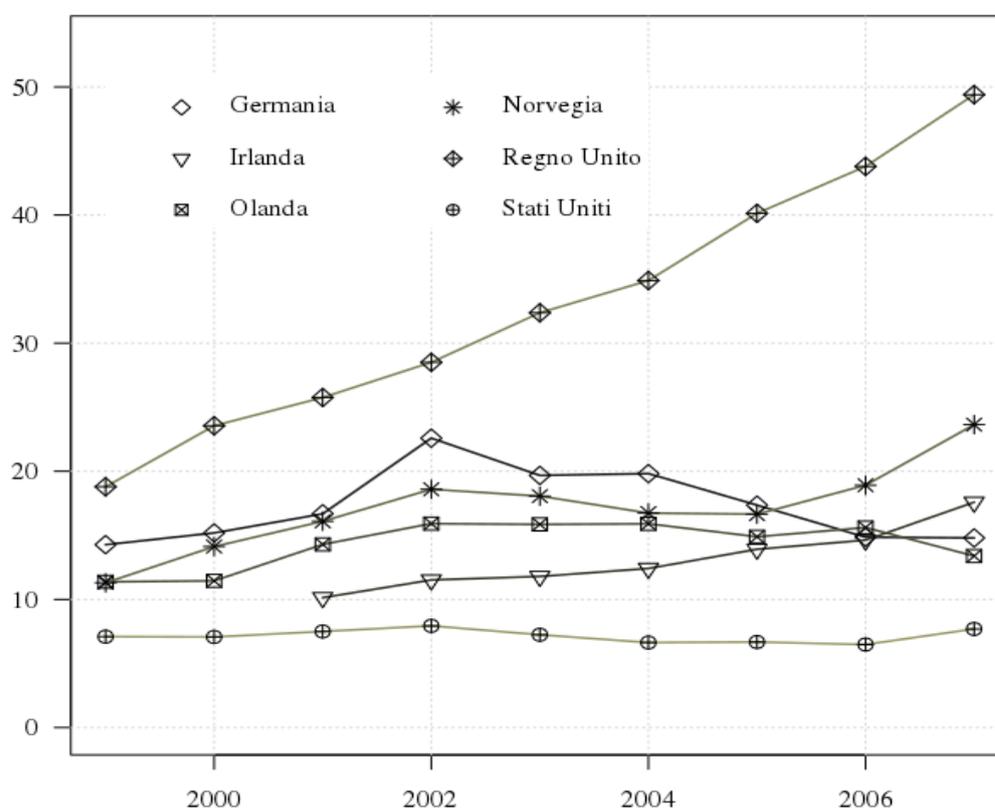
I dati presentati nella Fig. 1 hanno già chiarito che il sistema creditizio europeo ha contribuito all'indebitamento delle famiglie in maniera non dissimile da quello americano, innescando la formazione di bolle di analoghe dimensioni nel settore immobiliare. La Fig. 3 documenta inoltre una propensione del settore bancario europeo ad assumere strutture

---

<sup>76</sup> Una delle peculiarità normative più discusse dell'Eurozona al momento del suo *debutto* era la problematica coesistenza del *principio del controllo interno*, in base al quale la responsabilità per l'attività di vigilanza spetta alle autorità del paese in cui le banche hanno la loro sede centrale, e del *principio della responsabilità del paese ospitante*, in base al quale il paese ospitante è responsabile della stabilità finanziaria dei propri mercati. Si immagini ad esempio che il 50% delle banche operanti in Italia siano filiali di istituti creditizi aventi sede centrale in Germania o Francia. Le autorità monetarie italiane, cui compete la responsabilità di assicurare la stabilità del sistema bancario italiano, avranno bisogno di informazioni sulla solidità delle banche operanti nel paese. Tuttavia, gran parte di queste informazioni saranno custodite presso istituzioni di controllo con sede in Germania e in Francia, e le istituzioni di controllo straniere possono avere incentivi molto forti a non condividere con l'istituzione responsabile della stabilità del sistema bancario nazionale in oggetto informazioni rilevanti ai fini della valutazione della solidità sistemica. Sull'argomento, cfr. P. De Grauwe, *Economia dell'unione monetaria*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 215.

<sup>77</sup> Sul fatto che la formazione delle bolle all'origine della crisi finanziaria sia fondamentale il risultato degli squilibri commerciali in seno all'Eurozona c'è un sostanziale consenso nel dibattito. Senza alcuna pretesa di completezza, cfr. P. Krugman, *Revenge of the Optimum Currency Area*, in *NBER Macroeconomics Annual*, 27, 2012; A. Bagnai, *Il tramonto dell'euro*, cit., pp. 134-155; H.W. Sinn, *The Euro Trap. On Bursting Bubbles, Budgets, and Beliefs*, Oxford University Press, 2014; A. Bénassy-Quéré, B. Coeure, *L'euro della Discordia*, Università Bocconi Editore, Milano, 2014, pp. 67-68. Per una accurata rassegna della letteratura sull'argomento, cfr. S. Cesaratto, *Alternative Interpretations of a Stateless Currency Crisis*, *Cambridge Journal of Economics*, 41, 2017.

finanziarie caratterizzate da rischi comparativamente assai maggiori rispetto alle omologhe statunitensi, come risultato di uno sfruttamento decisamente più spregiudicato dell'effetto-leve: tra il 1999 e il 2007, il *leverage ratio* del settore bancario negli Stati Uniti staziona infatti stabilmente intorno al valore di 10, mentre oscilla tra 11 e 16 in Olanda e tra 15 e 23 in Germania, cresce da 10 a 18 in Irlanda, da 11 a 23 in Norvegia e addirittura da 19 a 49 nel Regno Unito. Strategie che garantiscono profitti altissimi quando le cose vanno bene, ma che rischiano di trasformarsi in pericolosissimi boomerang se il tasso di rendimento medio dell'attivo (ad esempio per effetto del mancato rientro di alcuni impieghi) cade al di sotto del tasso di interesse pagato sul capitale di prestito.



**FIG. 3 – Banking sector leverage in alcuni Paesi industrializzati 1999-2007 (Fonte: OCSE).**

Infatti, quando la bolla scoppia anche in Europa, pezzi importantissimi del sistema creditizio continentale vengono travolti, e tocca agli stati membri intervenire in loro

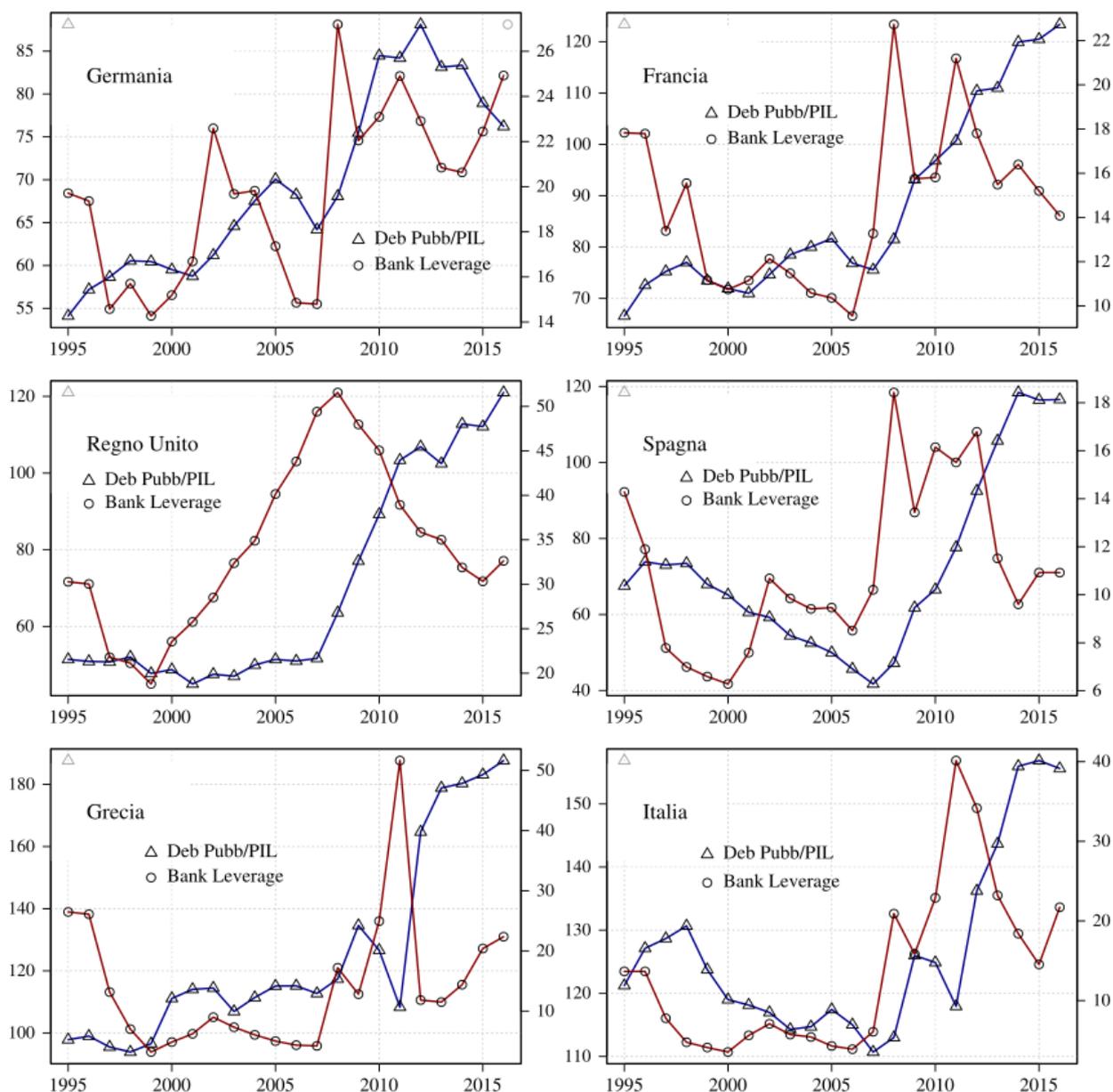
sostegno per impedirne il collasso. Nel Regno Unito vengono nazionalizzate o parzialmente nazionalizzate Northern Rock, la Royal Bank of Scotland e la Lloyd Banking Group; in Germania si ricorre ai fondi pubblici per evitare il fallimento di IKB, Sachsen LB, Dresdner Bank e delle banche pubbliche regionali, le cosiddette *Landesbank*. Analoghi interventi si rendono necessari in Irlanda, Belgio, Olanda, Lussemburgo, Spagna e Francia. I costi del salvataggio si rivelano astronomici: tra il 2008 e il 2009, tra ricapitalizzazioni, garanzie su passività bancarie e acquisto di titoli *tossici*, gli stati dell'Unione Europea erogano infatti alle banche aiuti per una somma corrispondente all'11.8% del PIL. Purtroppo, il costo dei salvataggi non si ripartisce in maniera uniforme sugli stati membri: i più colpiti sono stati l'Irlanda, che ha speso nei salvataggi bancari una somma corrispondente al 227% del suo PIL, il Belgio (35%), il Regno Unito (31%) e l'Olanda (24%)<sup>78</sup>.

Ovviamente, mentre nei Paesi in cui i costi del salvataggio sono stati più lievi (e/o quelli in cui i bilanci pubblici erano più sani) è stato possibile finanziare gli interventi di supporto al sistema bancario mediante un aggiustamento fiscale, altrove questa opzione non era praticabile, e il ricorso all'indebitamento sui mercati è stato inevitabile. In quasi tutti i Paesi dell'Unione Europea, il rapporto debito pubblico/PIL schizza conseguentemente verso l'alto. Una rapida occhiata alla Fig. 4, dove abbiamo messo a confronto la dinamica del rapporto debito pubblico/PIL e del *leverage ratio* del settore bancario in alcuni Paesi-campione, mostra abbastanza chiaramente che la correlazione negativa tra le due variabili è molto forte, il che sembrerebbe avvalorare l'idea che anche nella vicenda europea, come in quella americana, il fattore più importante all'origine dell'esplosione del debito pubblico sia il sostanziale *trasferimento* a carico dello stato del debito del settore bancario<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Economic Crisis in Europe: Causes, Consequences and Responses*, in *European Economy*, 7, 2009, p. 63.

<sup>79</sup> Cfr. Y. Varoufakis, *Il minotauro globale*, cit., pp. 223-24; A. Bénassy-Quéré, B. Coeuré, *L'euro della discordia*, cit., pp. 64-65.



**FIG. 4 – Debito pubblico / PIL e banking sector leverage in alcuni Paesi dell’Unione Europea, 1995-2015, indici base 1995=100 (Fonte: OCSE).**

Al fine di documentare in maniera meno generica l’affermazione precedente, può essere opportuno presentare i risultati di alcuni test statistici riguardanti la relazione tra le variabili

in oggetto<sup>80</sup>. La Fig. 5 contiene la rappresentazione grafica della stima di un modello di regressione su dati panel con effetti fissi che spiega la variabile dipendente debito pubblico/PIL mediante la variabile esplicativa *leverage ratio*, con riferimento a 15 Paesi OCSE per il periodo che va dall'anno 2008 al 2016<sup>81</sup>. Tale specificazione econometrica è in grado di tener conto della eterogeneità non osservabile tra i Paesi<sup>82</sup>.

La relazione è risultata significativa (con un *p-value* minore dell'1 per mille) per gli anni dal 2008 al 2016. Un analogo esercizio, condotto in relazione al periodo 1995-2007 ha invece rivelato la sostanziale assenza di correlazione tra le due variabili. Sulle osservazioni relative al periodo 2008-2016 è stato stimato anche un modello di regressione ad effetti random che, sebbene abbia prodotto stime molto significative, è risultato, in base al test di Hausman, meno efficiente del modello ad effetti fissi<sup>83</sup>. Le stime dei parametri (e il loro livelli di significatività statistica) sono presentate in forma riassuntiva per tutti e tre i modelli nella Tab. 1<sup>84</sup>.

Esiste anche uno specifico test statistico in grado di confermare o confutare il *break* strutturale che tra il 2007 e il 2008 ha *sconvolto* la relazione tra debito pubblico in rapporto al PIL e il *leverage ratio* delle banche. Si tratta di porre a confronto i legami lineari

---

<sup>80</sup> Entrambe le variabili sono il risultato di rapporti tra grandezze espresse nella stessa unità di misura e, quindi, sono depurate da quest'ultima. Nel seguito, prima di calcolare ogni regressione, è stata verificata la stazionarietà delle variabili (dipendenti o indipendenti) mediante l'*Augmented Dickey-Fuller test*: l'ipotesi *H0* attestante la presenza della radice unitaria può essere rifiutata con una probabilità di commettere l'errore del primo tipo inferiore a 0.05 nel caso del debito pubblico in rapporto al PIL ed inferiore a 0.1 nel caso del *leverage ratio*, mentre i residui della regressione, avente come variabile esplicativa il *leverage ratio*, risultano stazionari con lo stesso test ed un *p-value* pari a circa 0.02. L'ordine di integrazione di una serie storica corrisponde al numero di volte che essa deve essere sottoposta all'operatore differenza prima affinché si ottenga una serie stazionaria (senza trend deterministico o stocastico). Se due variabili sono *cointegrate* (cioè hanno lo stesso ordine di integrazione, qualunque esso sia), allora i residui della regressione tra le due variabili sono integrati di ordine zero (cioè stazionari). Tale circostanza conferisce importanti proprietà statistiche alla stima econometrica del legame funzionale tra le due variabili (così che la relazione possa essere considerata stabile). Cfr. J. Stock, M.W. Watson, *Introduzione all'econometria*, Pearson, Milano, 2015.

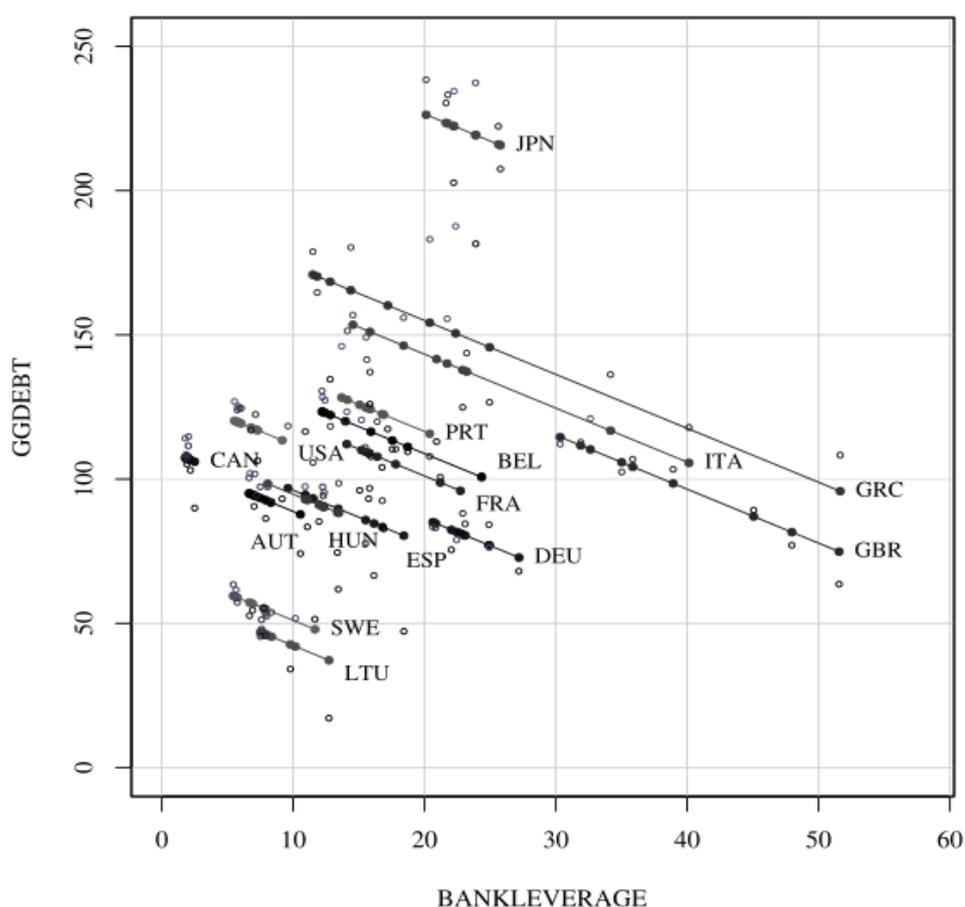
<sup>81</sup> I Paesi considerati sono: Austria, Belgio, Canada, Germania, Spagna, Germania, Regno Unito, Grecia, Ungheria, Italia, Giappone, Lituania, Portogallo, Svezia e Stati Uniti. Questi sono tutti Paesi colpiti in maniera più o meno intensa dalla crisi economica. Il grafico della Fig. 5 rende evidente che a partire dal 2008 l'indebitamento pubblico è aumentato in rapporto al PIL quando il *leverage ratio* bancario si è ridotto, a partire da tale anno le correlazioni tra le due variabili risultano tutte negative, mentre negli anni precedenti le stesse variabili risultano generalmente incorrelate (vedi Tab. A1 dell'appendice).

<sup>82</sup> Per "eterogeneità non osservabile" si intendono tutte le caratteristiche peculiari dei singoli Paesi che non subiscono significative variazioni nello specifico periodo di tempo considerato, come ad esempio: territorio, cultura, etc.

<sup>83</sup> Circa i risultati del test di Hausman e la loro interpretazione, si rinvia all'appendice.

<sup>84</sup> Come test di robustezza della precedente analisi è stato effettuato un controllo per l'omissione di fattori esplicativi che si modificano nel tempo, onde evitare la distorsione da variabile omessa. Le stime del modello ad effetti fissi che contempla tra i regressori anche variabili dicotomiche temporali sono riportate in appendice nella Tab. A2.

intercorrenti tra le due variabili prima e dopo l'inizio della crisi economica, cioè di applicare ai dati il test di *Chow*. Tale test è stato applicato alle osservazioni inerenti ogni singolo paese, il risultato è che la correlazione sulla quale abbiamo concentrato la nostra attenzione cambia significativamente (il *p-value* è in ogni caso ben al di sotto di 0.05) dal periodo antecedente l'inizio della crisi a quello successivo. In particolare, risulta confermato che le due variabili sono sostanzialmente incorrelate prima dell'inizio della crisi e successivamente correlate negativamente ed in modo significativo. Tale risultato scaturisce sia da un'analisi sistemica (come si evince dall'output delle regressioni sui dati panel), sia applicando il *test di Chow* alle serie storiche dei singoli Paesi<sup>85</sup>.



**FIG. 5 – Regressione con effetti fissi sui dati panel per 15 Paesi OCSE relativamente al periodo dal 2008 al 2016 (elab. su dati OCSE).**

<sup>85</sup>Per una descrizione del test statistico di *Chow* si rinvia all'appendice ed ai riferimenti ivi citati.

<i>Variabile dipendente</i>			
Debito pubblico/PIL			
	EF(1) 1995- 2007	EF(2) 2008-2016	ER(3) 2008-2016
<i>Leverage</i>	0.038	-1.870***	-1.693***
Bancario			
(Errore standard)	(0.216)	(0.273)	(0.273)
Costante			135.768***
(Errore standard)			(11.605)
Osservazioni	195	135	135
R2	0.0002	0.283	0.225
Adjusted R2	-0.084	0.193	0.219
Statistica F	0.031 (df = 1; 179)	46.952*** (df = 1; 119)	38.509*** (df = 1; 133)
<i>Note:</i>	*p<0.1; **p<0.05; ***p<0.01		

**TAB. 1 – Risultati ottenuti dai tre modelli econometrici stimati.**

In sintesi, a partire dal 2008 la correlazione negativa tra le due variabili è molto elevata, il che sembrerebbe confermare l'ipotesi avanzata nelle pagine precedenti secondo cui gli interventi di salvataggio del settore bancario, analogamente a quanto accaduto negli Stati Uniti, avrebbero giocato un ruolo fondamentale nella lievitazione del rapporto debito

pubblico/Pil registrata nei Paesi europei nell'ultimo decennio.

Tuttavia, ci sono tre sostanziali differenze tra USA e UE, differenze che finiranno per condizionare in maniera decisiva la dinamica economica del vecchio continente successivamente allo shock del 2008. La prima è ovviamente legata al diverso ruolo svolto dalle rispettive valute nel commercio mondiale: finché il dollaro mantiene la sua posizione di valuta di riserva mondiale, gli Stati Uniti godono evidentemente di maggiori gradi di libertà nella scelta delle opzioni di *policy*. Nello specifico, questo vantaggio ha probabilmente permesso alla Fed di fare un utilizzo un po' più disinvolto dell'inflazione al fine di *sgonfiare* il debito, opzione che probabilmente per la UE si presentava più problematica, pena una perdita di attrattività dell'Eurozona come area di destinazione del risparmio globale.

La seconda differenza è legata al diverso livello di governo cui compete la garanzia dei depositi bancari. Infatti, negli USA l'autorità competente è il governo federale, mentre in Europa l'onere del salvataggio è ricaduto sulle spalle dei governi degli stati membri. La differenza non è per niente irrilevante: l'attribuzione della competenza al livello federale permette infatti di *spalmare* gli oneri in maniera uniforme sugli stati, di fatto azzerando l'aspettativa di un *default* sul debito da parte di un singolo stato membro della federazione. Esattamente il contrario di quello che è accaduto in Europa, dove, in vigenza di un tacito principio di *non mutualizzazione dei rischi*, alcuni stati membri si sono trovati a dover contrarre un debito di dimensioni esorbitanti, in rapporto al proprio PIL, pur di salvare il sistema bancario dal collasso<sup>86</sup>. Come chiarito da Krugman, le conseguenze possono essere assai gravi. Quando le banche si ritrovano in portafoglio significativi volumi di titoli del debito di stati sulla cui solvibilità si nutrono forti dubbi, i depositanti corrono allo sportello a chiudere i loro conti e le banche sono pertanto costrette a contrarre la dimensione dell'*asset-side* del proprio bilancio, spingendo ulteriormente verso il basso il valore dei titoli e inasprendo in tal modo l'onere del rifinanziamento del debito a carico degli stati emittenti. Questo fenomeno può però spingere la dinamica del debito lungo un sentiero di insostenibilità, accentuando i dubbi dei sottoscrittori e dei creditori delle banche fortemente esposte con lo stato a rischio di *default*, e così via di seguito in un meccanismo a catena

---

<sup>86</sup> Sull'argomento, cfr. D. Gros, *Banking Union: Ireland vs. Nevada. An illustration of the Importance of an Integrated Banking System*, in *CEPS Commentary*, 18 October 2012.

con conseguenze potenzialmente drammatiche per la stabilità del sistema finanziario<sup>87</sup>. A noi sembra che lo scenario disegnato da questa simulazione somigli in maniera assai precisa alla vicenda vissuta dall'Europa negli anni a cavallo tra il 2008 e il 2012, con quel convulso rincorrersi di crisi bancarie e crisi del debito sovrano che ha fatto addirittura temere l'implosione dell'Eurozona<sup>88</sup>.

Infine, la terza peculiarità dell'esperienza dell'Eurozona rispetto a quella degli USA è legata all'interpretazione che la Banca Centrale Europea ha dato del suo ruolo fino al 2012, escludendo in maniera categorica di poter svolgere la funzione di *lender of last resort* nei confronti dei governi degli stati membri. Questa scelta ha probabilmente aggravato i problemi connessi alla *credibilità* dei debiti sovrani agli occhi dei sottoscrittori: stati gravati da una consistente esposizione debitoria, senza avere alle spalle nessuna istituzione che facesse da "garante" della sua capacità di ripagarlo, hanno trovato serie difficoltà a finanziare il rinnovo del debito a tassi di interesse ragionevoli. De Grauwe ha osservato che, sebbene nei momenti più intensi della crisi la Spagna facesse registrare rapporti debito pubblico/PIL di 20 punti percentuali più bassi rispetto al Regno Unito, il governo spagnolo riusciva a prendere a prestito sui mercati finanziari solo a tassi di interesse più alti di circa 200 punti base rispetto al governo britannico. Questa evidenza, che appare in aperto contrasto con la teoria ortodossa dei differenziali tra i tassi di interesse, si spiega, sempre secondo De Grauwe, con il fatto che mentre il Regno Unito controlla la quantità della moneta in cui si indebita, questo non vale per la Spagna<sup>89</sup>. Se, per effetto della diffusione di aspettative di insolvenza, i sottoscrittori del debito pubblico inglese rifiutassero di rinnovare l'acquisto dei titoli a scadenza, il governo inglese potrebbe senz'altro costringere la *Bank of England* a sottoscriverli. Viceversa, in una situazione analoga, il governo spagnolo non potrebbe contare sul sostegno della propria banca centrale e dovrebbe dichiarare insolvenza<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> Cfr. P. Krugman, *Revenge of the Optimum Currency Area*, cit., p. 445.

<sup>88</sup> Questa è anche l'opinione di A. Bénassy-Quéré, B. Coeuré, *L'euro della discordia*, cit., pp. 73-74.

<sup>89</sup> Cfr. P. De Grauwe, *Managing a Fragile Eurozone*, in *Vox*, CEPR's Policy Portal, 10 May 2011.

<sup>90</sup> Sul tema, cfr. anche J.P. Fitoussi, *Il teorema del lampione*, cit., pp. 120-123, e P. Krugman, *Revenge of the Optimum Currency Area*, cit., p. 446. Krugman osserva che anche gli stati che, pur non aderendo all'Eurozona, hanno tuttavia adottato un tasso di cambio fisso con l'euro, sembrano aver beneficiato della scelta di un modello più "flessibile" di partnership monetaria in termini di costo dell'indebitamento sui mercati finanziari. Ad esempio la Danimarca, che ha una propria moneta nazionale agganciata all'euro, nel momento più drammatico della crisi riusciva a indebitarsi a tassi di interesse decisamente più bassi rispetto ad Austria e Finlandia che adottano l'euro, sebbene tra i tre stati non ci fossero significative differenze in termini di rapporto debito pubblico/PIL. La spiegazione proposta da Krugman, che riecheggia

Come è noto, la BCE ha mutato decisamente atteggiamento sulla questione a partire dal 26 Luglio 2012, quando il suo presidente si è dichiarato disposto a fare “...whatever it takes to preserve the euro”<sup>91</sup> e l’autorità monetaria si è di conseguenza dedicata ad approntare tutta una serie di strumenti non-convenzionali di intervento (dalle *Outright Monetary Transactions* al *Quantitative Easing*), tranquillizzando così i sottoscrittori dei debiti sovrani e contribuendo ad una sostanziale normalizzazione del funzionamento dei mercati finanziari nell’area euro. Tuttavia, mentre la BCE si dichiarava disposta ad allargare i cordoni della borsa, i governi dei Paesi membri si orientavano in direzione contraria, abbracciando la famigerata filosofia dell’*austerity* e progettando il trattato che ne sarebbe stato il micidiale strumento operativo: il *Fiscal Compact*.

### 5. Gli effetti dell’*austerity* sulla dinamica del debito pubblico.

Come si è anticipato nell’introduzione, la lettura che gli organi di *governance* dell’Eurozona hanno dato della crisi economica è stata di natura completamente diversa da quella da noi tratteggiata nei paragrafi precedenti: piuttosto che l’effetto, l’elevato debito pubblico registrato dai Paesi più colpiti è stato considerato la *causa* della crisi. A legittimare questo rovesciamento della direzione della causalità tra i fenomeni ha contribuito in maniera decisiva l’influenza di un gruppo assai prestigioso di studiosi caratterizzati, già a partire dalla metà degli anni ’80, per la profonda avversione alle idee keynesiane circa l’uso della politica fiscale in funzione anticiclica.

Le radici intellettuali di questo filone di pensiero stanno probabilmente in un noto contributo di Robert Barro del 1974, in cui lo studioso americano, incorporando l’ipotesi di *ultrarazionalità* delle aspettative degli operatori in un modello macroeconomico, giungeva alla proposizione di “equivalenza” tra finanziamento in pareggio e finanziamento con debito della spesa pubblica: se gli operatori economici sono agenti *ultrarazionali*, sanno che prima o poi il debito pubblico dovrà essere ripagato, e che quindi la tassazione

---

l’interpretazione di De Grauwe dello *spread* Regno Unito/Spagna, è che la banca centrale della Danimarca ha evidentemente maggiori gradi di libertà nel governo della moneta (all’occorrenza può sempre svalutare), fatto che rende i sottoscrittori del debito pubblico fiduciosi circa l’impossibilità di insolvenza del governo.

<sup>91</sup> M. Draghi, *Speech at the Global Investment Conference*, London, 26 July 2012, <https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2012/html/sp120726.en.html>.

è solo rimandata nel tempo. Pertanto, essi si comportano come se la spesa pubblica fosse finanziata con le imposte: reagiscono al *deficit spending* accantonando il risparmio necessario a fare fronte al debito che ne risulterà nell'epoca futura in cui il governo deciderà di procedere al riaggiustamento fiscale. Il moltiplicatore del *deficit spending* avrebbe quindi valori molto più bassi di quanto gli studiosi keynesiani immaginino, in quanto l'effetto espansivo della domanda pubblica verrebbe sistematicamente contrastato da un aumento della propensione al risparmio privato<sup>92</sup>.

I risultati teorici di Barro intrigarono due studiosi italiani, Giavazzi e Pagano, che provarono a testarne la validità empirica con riferimento a due piccoli Paesi europei, la Danimarca e l'Irlanda, che negli anni '80 hanno vissuto fasi di intensa espansione economica in corrispondenza di politiche fiscali restrittive. L'indagine empirica diede luogo a risultati ancora più anti-keynesiani delle proposizioni teoriche di Barro: i moltiplicatori della spesa in deficit risultavano addirittura negativi, vale a dire che gli effetti restrittivi sulla domanda dei tagli alla spesa erano addirittura *più che compensati* dagli effetti espansivi<sup>93</sup>. Confortati dai risultati, i due studiosi ripeterono l'esperimento con riferimento alla Svezia, paese che, al contrario, aveva sperimentato una fase recessiva in corrispondenza di politiche contrassegnate da significativi alleggerimenti fiscali, ottenendo risultati analoghi<sup>94</sup>. Il tema cominciò a diventare *popolare* e a coinvolgere un numero sempre più ampio di studiosi, che provarono a declinare l'esercizio empirico su scala sempre più ampia. Questi studi sembrarono generalizzare la validità del risultato dei primi studi di Giavazzi e Pagano: le politiche fiscali espansive, contrariamente a quanto sostenevano gli studiosi di filiazione keynesiana, produrrebbero effetti recessivi<sup>95</sup>. La

---

<sup>92</sup> R. Barro, *Are Government Bonds Net Wealth?*, in *Journal of Political Economy*, 82, 1974. L'espressione "ultrarazionalità" viene in genere utilizzata per caratterizzare agenti che non massimizzano banalmente l'utilità individuale, in quanto sono "altruisti" nei confronti dei propri discendenti. L'implicazione più importante di questa ipotesi ai fini del funzionamento dei modelli macroeconomici è che gli agenti non consumano l'aumento di reddito disponibile risultante da un taglio fiscale, perché hanno interesse ad accantonare una ricchezza sufficiente a pagare le future imposte necessarie a rimborsare il debito, *anche se sono certi che quelle imposte si materializzeranno dopo la propria morte*. Quel risparmio serve infatti a consentire ai propri discendenti di affrontare il futuro riaggiustamento fiscale senza essere costretti a subire brusche perdite di benessere.

<sup>93</sup> F. Giavazzi e M. Pagano, *Can Severe Fiscal Contractions Be Expansionary? Tales of Two Small European Countries*, in *NBER Macroeconomics Annual*, 5, 1990.

<sup>94</sup> F. Giavazzi e M. Pagano, *Non-Keynesian Effects of Fiscal Policy Changes: International Evidence and the Swedish Experience*, in *Swedish Economic Policy Review*, 3, 1996.

<sup>95</sup> A. Alesina e R. Perotti, *Fiscal Adjustments in OECD Countries: Composition and Macroeconomic Effects*, in *IMF Staff Papers*, 44, 1997; A. Alesina e S. Ardagna, *Tales of Fiscal Adjustments*, in *Economic Policy*, 13, 1998.

razionalizzazione teorica data a questi risultati è che, agli aggiustamenti della propensione al risparmio messi in evidenza da Barro, si sommerebbero una serie di influenze nefaste sulla *performance* delle imprese (surriscaldamento della dinamica salariale, aumento del costo unitario del lavoro e conseguente deterioramento della competitività sui mercati internazionali) e sulle valutazioni dei mercati finanziari (aumento del rischio percepito di *default* sul debito sovrano e conseguente lievitazione dei tassi d'interesse) che finirebbero per determinare significative spinte alla contrazione del livello di attività economica. Viceversa l'austerità, tranquillizzando gli operatori circa la dimensione del carico fiscale futuro, garantendo implicitamente i sottoscrittori del debito pubblico circa la solvibilità dei governi e gonfiando i profitti delle imprese grazie al *raffreddamento* della dinamica dei salari, sortirebbe effetti di segno espansivo<sup>96</sup>.

Quando, nel 2009, l'economia globale si è ritrovata nel bel mezzo della recessione, il prestigio acquisito nel ventennio precedente dalla teoria dell'*austerità espansiva* è stato ulteriormente rafforzato dal consenso suscitato da un citatissimo (e assai discusso) contributo di Carmen Reinhart e Kenneth Rogoff<sup>97</sup>. Basandosi su un campione di dati che copre due secoli e un numero molto ampio di Paesi, i due studiosi statunitensi hanno infatti sostenuto che, quando il rapporto debito pubblico/PIL supera la soglia del 90%, la crescita tende decisamente a rallentare o addirittura ad arrestarsi. Le agenzie nazionali ed internazionali di regolazione macroeconomica si sono quindi ritrovate tra le mani un comodissimo pretesto per liquidare quel poco che rimaneva dello stato sociale e della strumentazione fiscale per il contrasto della congiuntura. In particolare, la filosofia dell'*austerità* ha attecchito benissimo in Europa, dove essa si sposava alla perfezione con l'ormai consolidato orientamento deflazionistico della nazione *leader* della federazione monetaria europea. In un intervento al Meeting dell'Ecofin tenutosi a Madrid il 15 Aprile 2010, Alesina passava in rassegna i (presunti) meriti della teoria dell'*austerità espansiva* nella spiegazione di molte recenti vicende dell'economia mondiale e metteva in guardia i

---

<sup>96</sup> Per una rassegna più dettagliata della parabola dell'idea dell'*austerità espansiva*, cfr. A. Barba, *L'austerità espansiva tra scienza e falsa coscienza*, in *MicroMega*, 4, 2017.

<sup>97</sup> C.M. Reinhart, K.S. Rogoff, Growth in a Time of Debt, *American Economic Review Papers & Proceedings*, 100, 2, May 2010. Per una verifica empirica con riferimento all'economia europea che convalida le tesi di Reinhart e Rogoff, v. C. Checherita e P. Rother, *The Impact of High and Growing Government Debt. An Empirical Investigation for the Euro Area*, in *ECB Working Paper Series*, 1237, August 2010. Il contributo di Reinhart e Rogoff è stato indicato esplicitamente nei documenti ufficiali della Commissione Europea come base scientifica delle politiche di *austerità*. Al riguardo, si veda O. Rhen, *Letter to Ecofin Ministers*, in Ares, 185796, Brussels, February 2013.

governi europei dal «fosco futuro» che attendeva il continente se fosse stata ulteriormente rimandata «la somministrazione delle dure medicine» necessarie a suo dire al superamento della crisi<sup>98</sup>. Autentica musica per le orecchie di Wolfgang Schauble che, forte di tale legittimazione teorica, nel giro di pochi mesi impose anche agli altri stati membri la *German View*.

L'esito concreto dell'adesione della *leadership* politica dell'Eurozona ai dettami dell'austerità espansiva fu duplice: da un lato, il sistema di vincoli alle politiche fiscali risultante dal *Fiscal Compact* e dai regolamenti contenuti nei cosiddetti *Two Pack* e *Six Pack*, che hanno inasprito in maniera drastica la disciplina fiscale nell'Eurozona; dall'altro, la progettazione di un meccanismo di assistenza finanziaria per i Paesi membri in difficoltà che condizionava rigidamente gli interventi all'accettazione, da parte del paese destinatario degli aiuti, di limiti ancora più severi sul saldo (nonché sulla composizione) del bilancio pubblico.

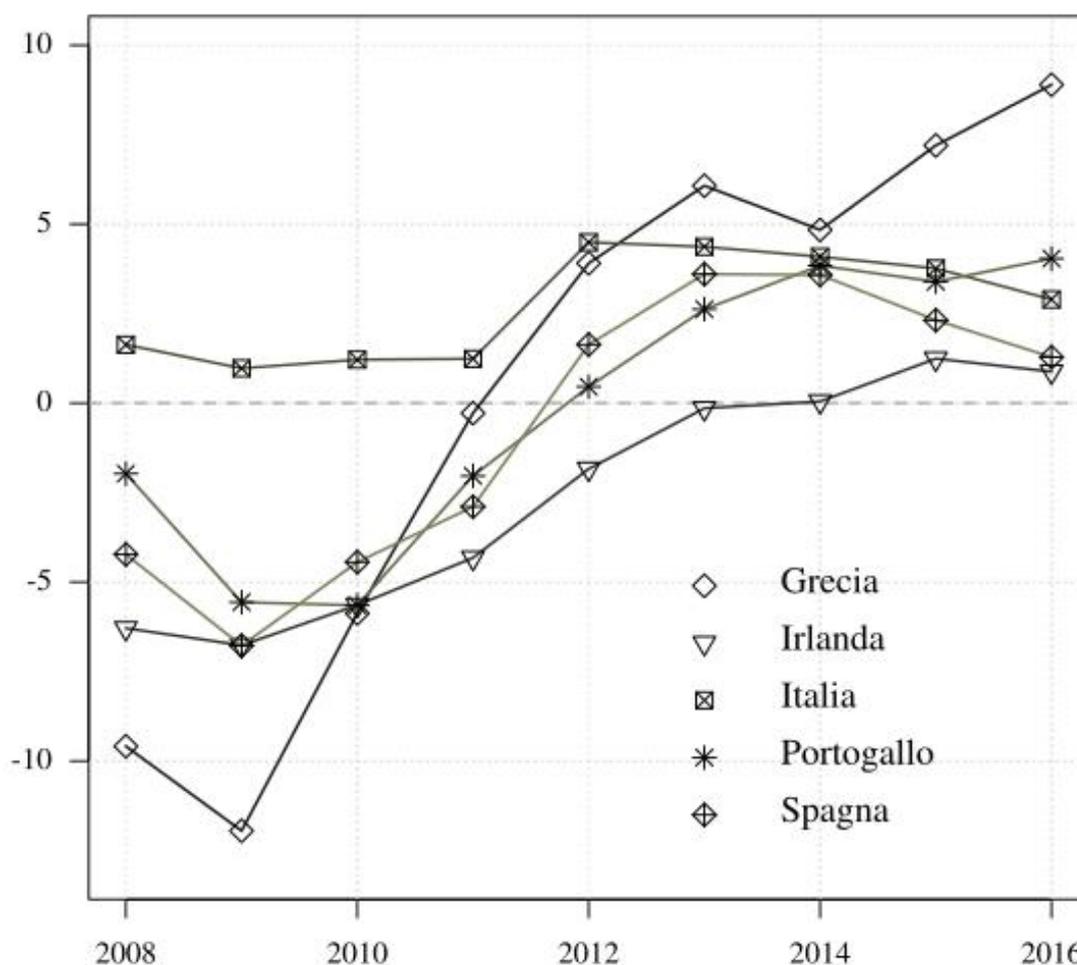
L'effetto complessivo della nuova *camicia di forza* disegnata per le autorità di politica fiscale può essere facilmente percepito mediante un'occhiata alla Fig. 6, dove in ordinata viene misurato il saldo primario del settore pubblico, relativamente all'intervallo 2008-2016, nei 5 Paesi dell'Eurozona (i cosiddetti PIIGS) che, per motivi diversi, sono finiti sotto la vigilanza della Commissione Europea<sup>99</sup>. Come si vede, a partire dall'entrata in vigore del *Fiscal Compact* (2012), con la sola eccezione dell'Irlanda, tutti i Paesi in oggetto sono stati costretti a realizzare avanzi primari di dimensione significativa. La Grecia staziona regolarmente sopra il 5% del PIL, e nel 2016 sfiora addirittura il 10%. Anche l'Italia paga un dazio elevato all'ideologia dell'austerità espansiva, costretta a robusti tagli di spesa e ad altrettanto consistenti inasprimenti della pressione fiscale in un momento di drammatica recessione, pur di realizzare avanzi che oscillano tra il 4% e il 5% del PIL. Solo lievemente meno dura appare la medicina che la Commissione riserva a Portogallo e Spagna, ma anche in quei casi la dimensione dell'aggiustamento fiscale è, in assoluto,

---

<sup>98</sup>Cfr. A. Alesina, *Fiscal Adjustments: Lessons from Recent History*, *Ecofin meeting*, Madrid, 14 April 2010, [https://scholar.harvard.edu/files/alesina/files/fiscaladjustments\\_lessons-1.pdf](https://scholar.harvard.edu/files/alesina/files/fiscaladjustments_lessons-1.pdf).

<sup>99</sup>Nel periodo in questione, Irlanda, Portogallo, Grecia e Spagna hanno richiesto di beneficiare di un programma di assistenza finanziaria, e quindi hanno dovuto accettare le *condizioni* imposte dalle istituzioni cui gli stati membri hanno assegnato la supervisione del programma (FMI, BCE e Commissione Europea, la cosiddetta *Troika*). L'Italia, pur non avendo mai fatto richiesta di aiuti finanziari, a causa dell'elevato rapporto tra debito pubblico e PIL è tuttavia assoggettata al *piano di rientro* previsto dal *Fiscal Compact*. In base all'art. 4 di tale trattato, infatti, i Paesi che registrano un rapporto tra debito pubblico e PIL superiore al 60% sono tenuti a ridurre tale rapporto in misura di un ventesimo della parte eccedente il 60% ogni anno, obbligo che si riflette ovviamente in un vincolo ulteriore sul saldo di bilancio.

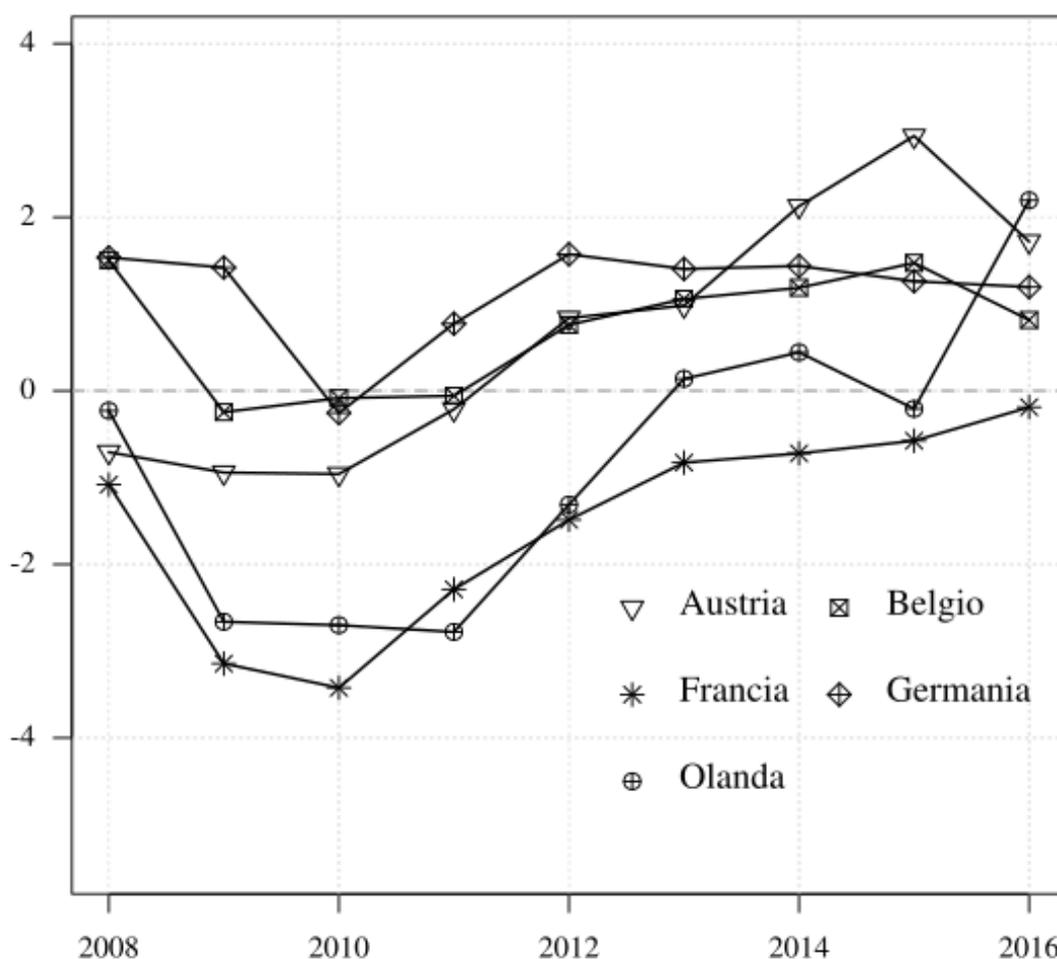
tutt'altro che modesta.



**FIG. 6 – Saldo primario del settore pubblico (PIIGS: 2008-2016).**

Logica avrebbe voluto che, dovendo somministrare una terapia così radicale ai Paesi alle prese con problemi di sovraindebitamento, la Commissione invitasse i Paesi che non soffrivano di patologie a carico della finanza pubblica a fare viceversa politiche di *deficit spending*, in modo da controbilanciare la contrazione della domanda proveniente dai PIIGS ed evitare che l'intera Europa venisse soffocata dalla cappa della recessione. Purtroppo, però, la teoria dell'austerità espansiva non fa i conti con gli elementari principi della partita

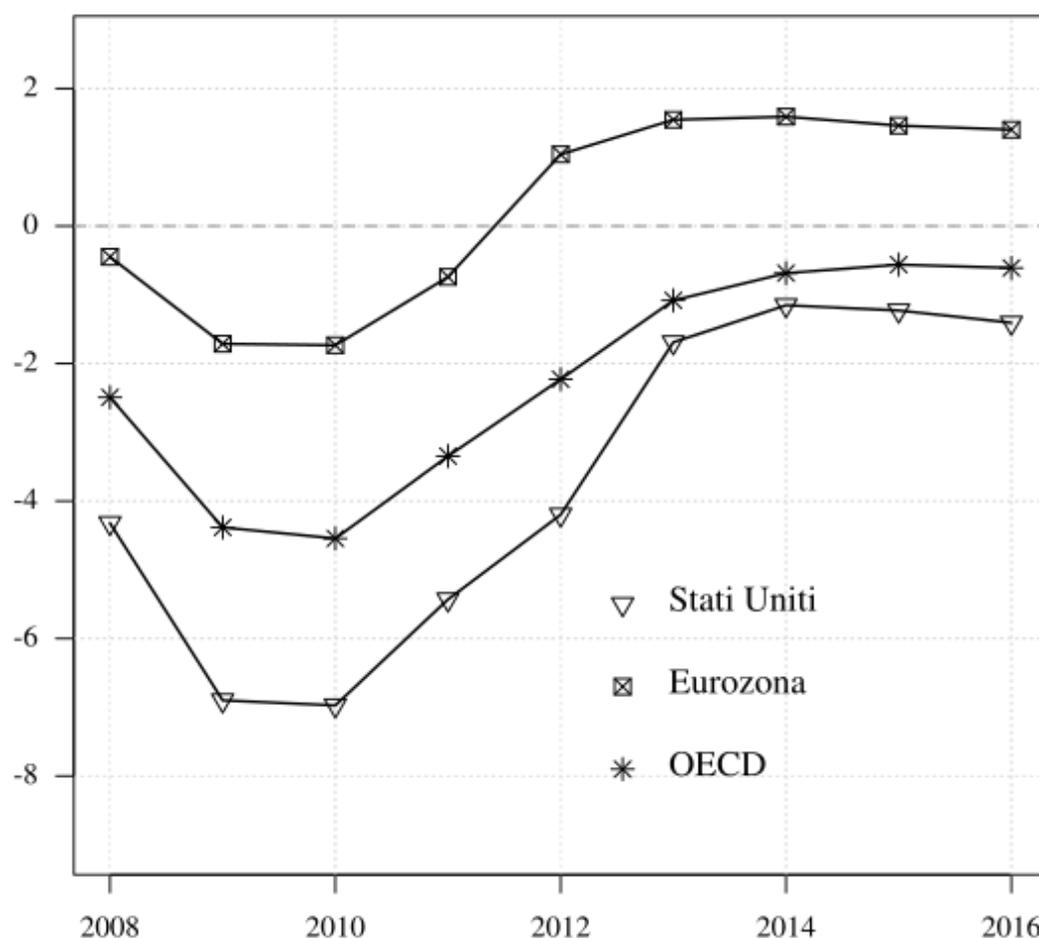
doppia, e finisce quindi per asserire l'evidente paradosso secondo cui *tutti* i Paesi sono destinati ad aumentare la produzione se *tutti* contraggono la domanda. La Fig. 7, dove sono rappresentati i saldi primari di alcuni Paesi del *core* dell'Eurozona, documenta infatti che anche i Paesi che avevano una finanza pubblica sostanzialmente sana, e che quindi non avevano alcun bisogno di bruschi aggiustamenti fiscali, non si sono affatto risparmiati la cura da cavallo che stavano infliggendo ai propri meno fortunati *partners* della periferia.



**FIG. 7 – Saldo primario del settore pubblico (Nord Europa: 2008-2016).**

Pertanto l'intonazione della politica fiscale in Europa, nel periodo considerato, è risultata *in media* (e non solo nei Paesi gravati da una pesante esposizione debitoria) fortemente

restrittiva, come risulta evidente dal confronto tra gli andamenti dei saldi primari del settore pubblico dell'Eurozona, dell'insieme dei Paesi OCSE e degli Stati Uniti, presentato nella Fig. 8. Come si può notare, infatti, a partire dall'approvazione del Fiscal Compact, l'Eurozona realizza in media saldi primari oscillanti tra l'1% e il 2% del PIL, mentre sia nell'aggregato OCSE, sia negli Stati Uniti, l'intonazione della politica fiscale rimane decisamente orientata al *deficit spending*, sebbene con saldi in tendenziale e sensibile riduzione rispetto al biennio 2009-2010.



**FIG. 8 – Saldo primario del settore pubblico (Eurozona, OCSE, USA: 2008-2016).**

L'impatto dell'austerità fiscale sui Paesi periferici dell'Eurozona si rivelerà devastante: oltre a doversi piegare all'obbligo di comprimere la domanda aggregata nel pieno di una fase ciclica recessiva, questi hanno quindi patito anche la compressione della domanda da parte dei Paesi vicini, pagando un costo elevatissimo in termini di crescita e occupazione. Come si mostra nella Fig. 9, con l'eccezione dell'Irlanda, che riesce a tornare rapidamente a ritmi di crescita comparabili con quelli degli anni precedenti il crollo del 2009, tutti gli altri Paesi sperimentano un drammatico rallentamento. Dopo essere cresciuta a ritmi frenetici fino al 2008, la Grecia vive una recessione talmente profonda da riportare il suo PIL ai livelli del 2004. In Italia, dopo il crollo del 2009-2010 e un modesto episodio di ripresa vissuto nel 2011, il tasso di crescita si incolla ostinatamente intorno allo zero. Il Portogallo, che per ricevere assistenza finanziaria dal FMI ha dovuto impegnarsi a ridurre il deficit pubblico dal 10% del 2010 al 3% del 2013, ha subito nel 2012 una caduta del PIL addirittura più rapida di quella del 2009, e a tutto il 2015 il suo PIL pro-capite era ancora al di sotto dei livelli pre-crisi

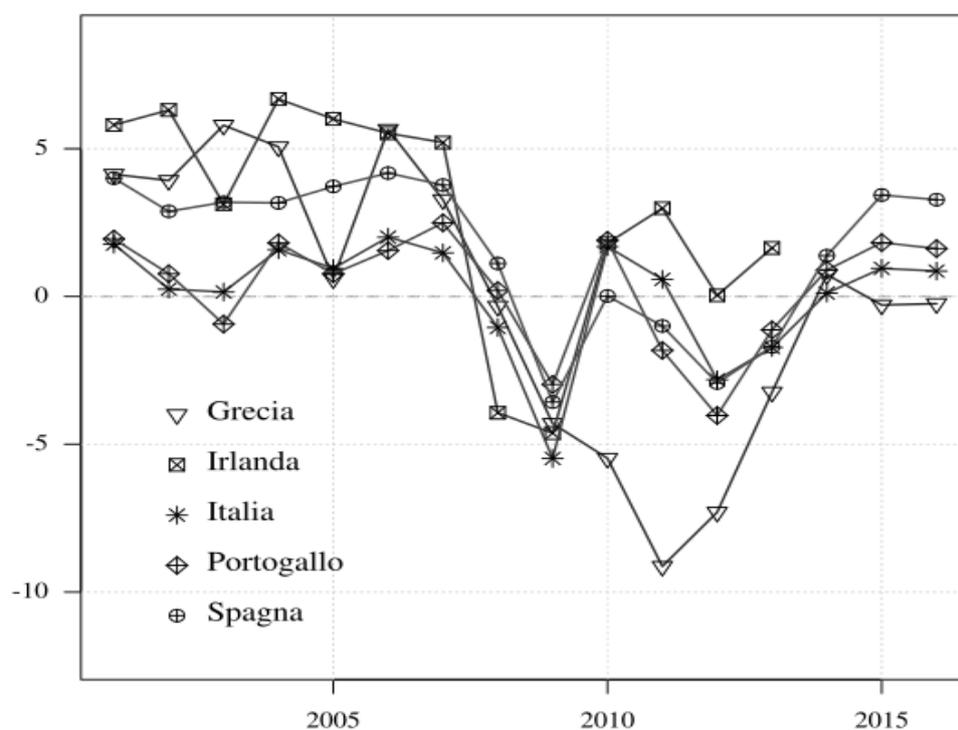


FIG. 9 – Tasso di crescita del PIL (PIIGS: 2001-2016).

Ovviamente, soffocando la crescita, l'austerità finisce per compromettere anche l'obiettivo del consolidamento fiscale. Da un lato, infatti, la contrazione della base imponibile non è, evidentemente, la condizione ideale per realizzare incrementi del gettito fiscale; dall'altro, il rallentamento dell'economia porta inevitabilmente ad un aumento della spesa sociale legata agli ammortizzatori automatici (in particolare i sussidi di disoccupazione); infine, la caduta del prodotto nazionale, a parità di debito nominale, ha l'effetto di rendere più pesante l'esposizione debitoria per ogni euro di PIL. La conseguenza è che gli imponenti sacrifici imposti alle popolazioni dei Paesi della periferia per realizzare surplus di bilancio non è stata premiata da significative riduzioni del rapporto debito/PIL. Al contrario, a partire dall'inizio dei programmi di aggiustamento strutturale, con la solita eccezione dell'Irlanda, i Paesi in questione vedono il rapporto debito/PIL impennarsi decisamente fino al 2012 e poi irrigidirsi su valori significativamente più elevati rispetto al decennio pre-crisi (Fig. 10).

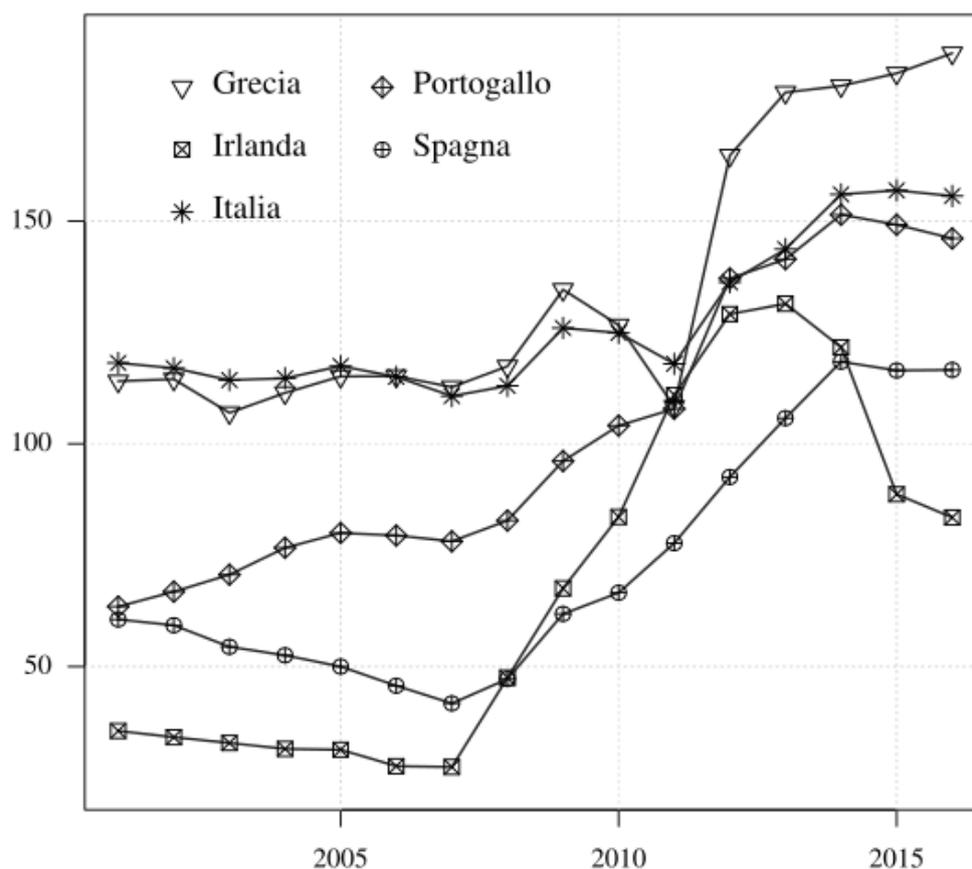
Il fallimento delle politiche praticate nell'Eurozona ha rapidamente eroso il consenso raccolto negli anni precedenti dal filone dell'austerità espansiva e spinto gli studiosi a chiedersi quanto fossero fondati i risultati empirici che ne avevano determinato il successo nei circoli accademici e la credibilità agli occhi dei *policy-maker*. Alla luce di questo più attento riesame, i risultati degli apologeti dell'austerità espansiva sono apparsi in gran parte il risultato di *correlazioni spurie*: quasi tutti i Paesi in cui si erano registrate espansioni economiche in corrispondenza di strette fiscali erano stati contestualmente interessati da miglioramenti della performance commerciale favoriti o da svalutazioni competitive, oppure da *boom* in corso in Paesi vicini con i quali sussistevano forti legami commerciali<sup>100</sup>.

Esemplare al riguardo la vicenda del Canada nella prima metà degli anni '90, spesso utilizzata da Alesina & co. come caso paradigmatico di effetti espansivi di restrizioni fiscali. Tuttavia, secondo studi più recenti, il successo economico del Canada in quel periodo non avrebbe niente a che fare con l'austerità, ma piuttosto con la fortuna di essere i vicini degli USA in un momento in cui l'economia americana era interessata da un forte

---

<sup>100</sup> Cfr. FMI, *World Economic Outlook. Recovery, Risk and Rebalancing*, cap. III: *Will it Hurt? Macroeconomics Effects of Fiscal Consolidation*, Washington D.C., 2010; J. Guajardo, D. Leigh, e A. Pescatori, *Expansionary Austerity: New International Evidence*, in *IMF Working Paper*, 11, 158, July, 2011.

*boom*, sommata alla possibilità di utilizzare la svalutazione competitiva per favorire le esportazioni<sup>101</sup>. La somma di questi due fenomeni avrebbe quindi procurato al Canada una domanda esterna di ammontare sufficiente a controbilanciare l'effetto restrittivo esercitato dal consolidamento fiscale sulla domanda interna.



**FIG. 10 – Debito pubblico/PIL (PIIGS: 2001-2015).**

Ala luce di queste considerazioni sarebbe pertanto un errore di prospettiva dedurre dall'esperienza del Canada che il consolidamento fiscale abbia effetti espansivi *indipendentemente dal contesto macroeconomico ed istituzionale*. I tagli al bilancio

<sup>101</sup> Cfr. P. Krugman, *Fuori da questa crisi, adesso!*, cit., p. 225; J.E. Stiglitz, *L'euro*, Einaudi, Torino, 2017, p. 214-15.

avrebbero effetti inequivocabilmente restrittivi sulla domanda interna, effetti che possono essere bilanciati da shock esogeni sulle esportazioni o dall'effetto espansivo di una svalutazione competitiva, se il Paese in oggetto dispone di sovranità monetaria. Nei Paesi europei colpiti in maniera più grave dalla recessione nel 2010, purtroppo, non sussisteva nessuna di queste due condizioni: da un lato, tutta l'economia mondiale si dibatteva in una recessione profonda, e quindi non c'era da contare su una "locomotiva" in grado di trainare le economie europee in crisi; dall'altro, i Paesi più colpiti dalla crisi non disponevano della sovranità monetaria, e quindi non potevano neanche usare la svalutazione per alleggerirne la gravità. Del resto, in un noto studio sugli effetti delle politiche fiscali praticate in Europa all'indomani della crisi, Blanchard e Leigh hanno stimato moltiplicatori fiscali intorno all'unità<sup>102</sup>. Non c'è quindi da stupirsi del fatto che, in Europa, l'*austerità* abbia esercitato sulle economie in crisi gli effetti pro-ciclici che un qualunque "ingenuo" keynesiano si sarebbe aspettato e che, piuttosto che favorire il risanamento fiscale nei Paesi interessati da gravi esposizioni debitorie, ne abbia ulteriormente accentuato gli squilibri.

Il consenso di cui hanno goduto le politiche di *austerità* ha subito un altro grave colpo nel dibattito seguito alla pubblicazione del saggio di Reinhart e Rogoff di cui abbiamo brevemente dato conto nelle pagine precedenti, secondo cui esisterebbe una *soglia* del rapporto debito/Pil oltre la quale la crescita rallenterebbe. Alcuni studiosi hanno rilevato che le stime di Reinhart e Rogoff non permettono di valutare la direzione della causalità tra le variabili implicate, e quindi un'interpretazione altrettanto verosimile di quei risultati è che il debito pubblico aumenti come conseguenza del rallentamento della crescita (piuttosto che il contrario), tramite gli effetti avversi della recessione su introiti fiscali e spese pubbliche<sup>103</sup>.

Alla luce del discredito caduto sulla teoria dell'austerità espansiva, è quindi assai difficile spiegare la maniacale fedeltà mostrata dalle istituzioni di *governance* dell'UE ai precetti del Fiscal Compact, nonché l'insormontabile riluttanza ad introdurre meccanismi di mutualizzazione dei rischi macroeconomici. Difficile dunque allontanare il dubbio che

---

<sup>102</sup> Cfr. O. Blanchard e D. Leigh, *Growth Forecast Errors and Fiscal Multipliers*, in *American Economic Review*, 103, 3, 2013.

<sup>103</sup> G. Irons e J. Bivens, *Government Debt and Economic Growth. Overreaching Claims of Debt "Thresholds" Suffer from Theoretical and Empirical Flaws*, in *Economic Policy Institute Briefing Papers*, 271, July, 2010. Non ha inoltre certamente giovato al prestigio della teoria dell'austerità espansiva la scoperta che i risultati di Reinhart e Rogoff erano in parte inficiati da manipolazioni arbitrarie dei dati e da alcuni grossolani errori di calcolo. Sull'argomento, cfr. T. Herndon, M. Ash, R. Pollin, *Does High Public Debt Consistently Stifle Economic Growth? A Critique of Reinhart and Rogoff*, in *Cambridge Journal of Economics*, December, 2013.

l'intonazione restrittiva della politica fiscale imposta agli stati membri sia invece orientata al perseguimento di altri e meno confessabili obiettivi: ampliare l'esercito industriale di riserva e costringere gli stati membri a smantellare quel che rimane dello stato sociale, esponendo la classe lavoratrice ormai priva di difese al ricatto datoriale. La deriva recessiva delle politiche dell'Unione Europea sembra essere, in sostanza, l'esplicita ammissione dell'incapacità del capitalismo di sopravvivere senza approfondire lo sfruttamento del lavoro.

## 6. Conclusioni.

In questo lavoro abbiamo provato a valutare la plausibilità della lettura ortodossa della crisi economica nell'Eurozona, secondo cui la recessione dell'ultimo decennio sarebbe l'inevitabile nemesi associata alla pretesa di vivere *al di sopra dei propri mezzi*. Questa interpretazione appare difficilmente conciliabile con l'evidenza empirica. In primo luogo, la maggior parte dei Paesi interessati in maniera intensa dalla recessione non avevano esposizioni debitorie particolarmente preoccupanti prima del 2008. In secondo luogo, la lievitazione abnorme del rapporto debito/Pil registrata in alcuni stati membri dell'UE appare fondamentalmente il risultato delle operazioni di salvataggio di pezzi consistenti del sistema bancario sull'orlo del fallimento. In terzo luogo, la strategia di consolidamento fiscale, che alla luce dell'approccio ortodosso avrebbe dovuto *tranquillizzare* i mercati finanziari e rilanciare la crescita, ha avuto invece effetti decisamente recessivi sull'economia, soffocando la ripresa in gran parte dei Paesi assoggettati dalla Commissione alla sorveglianza fiscale.

La lievitazione del debito sovrano in molti Paesi dell'UE sembra invece da ascrivere in gran parte all'esigenza di evitare il tracollo verso cui la competizione selvaggia innescata dalla liberalizzazione finanziaria stava conducendo il sistema creditizio. I dati presentati sollevano infatti seri dubbi sulla diffusa opinione secondo cui i banchieri europei sarebbero stati fondamentalmente alieni dalle stravaganze finanziarie dei loro colleghi d'oltreoceano. Sembrerebbe invece che le istituzioni creditizie europee abbiano finanziato bolle speculative immobiliari con la stessa generosità di quelle statunitensi, manipolando in maniera anche più disinvolta i propri *leverage ratios*. Il comportamento imprudente di banche ed altri intermediari, calato dentro un assetto istituzionale caratterizzato

dall'assenza di strumenti di mutualizzazione dei rischi macroeconomici, sembra aver prodotto una miscela esplosiva. Di fronte al rifiuto della BCE di svolgere la funzione di prestatore di ultima istanza, infatti, gli stati membri non hanno potuto far altro che garantire il rimborso dei depositanti accollandosi i debiti delle banche insolventi. L'intonazione restrittiva imposta alle politiche fiscali degli stati membri mediante il *Fiscal Compact*, comprimendo ulteriormente la domanda aggregata e rallentando la dinamica del Pil, sembrerebbe poi aver ulteriormente peggiorato la *performance* della finanza pubblica, tramite gli effetti avversi esercitati su prelievo fiscale e spesa sociale.

Alla luce del ragionamento svolto nelle pagine precedenti, l'esplosione dei debiti sovrani appare quindi il sintomo della difficoltà del capitalismo continentale a riprodursi se non attraverso la compressione della quota dei salari sul prodotto nazionale e l'uso spregiudicato del debito privato come strumento per garantire il *riciclo* del sempre più ingente ammontare di risparmio realizzato dai capitalisti. E le politiche di consolidamento fiscale, una volta destituite di fondamento le teorie dell'austerità espansiva che pretendevano di legittimarle, si rivelano solo lo strumento attraverso cui il capitale cerca di scaricare sul lavoro i costi della crisi del modello neo-liberista di regolazione macroeconomica.

#### APPENDICE

<b>Paese</b>	<b>Correlazioni dal 1995 al 2007</b>	<b>Correlazioni dal 2008 al 2016</b>
Austria	0,054	-0,899
Belgio	0,529	-0,893
Canada	0,618	-0,807
Germania	-0,066	-0,573
Spagna	-0,09	-0,839
Francia	-0,53	-0,677
Regno Unito	0,374	-0,961
Grecia	-0,501	-0,535

Ungheria	0,655	-0,283
Italia	0,32	-0,417
Giappone	-0,17	-0,433
Lituania	0,184	-0,804
Portogallo	0,456	-0,534
Svezia	0,47	-0,741
Stati Uniti	0,095	-0,94

**TAB. A1 – Correlazioni tra il rapporto Debito pubblico / PIL e il *banking sector leverage* in 15 Paesi OCSE (Fonte: OCSE).**

### Test di Hausman.

Dati: Debito pubblico / PIL ~ *Leverage* bancario

Chi-quadro = 647.03, gradi di libertà = 1, p-value < 0.001

Ipotesi alternativa: “è più efficiente la specificazione ad effetti fissi”

Il test di Hausman mette a confronto le due stime effettuate formulando l’ipotesi nulla (H0) secondo la quale “non vi sono significative differenze tra i due modelli” ad effetti fissi e ad effetti random. Se, in base ai risultati campionari, l’ipotesi H0 viene respinta, allora si accetta l’ipotesi alternativa: “la specificazione ad effetti fissi è più efficiente”. Si può dimostrare che ciò equivale ad accettare l’ipotesi che “il termine di errore è correlato con la variabile esplicativa” (legame che viene recepito dal modello di regressione mediante l’introduzione di distinte intercette per ogni sigolo sottoinsieme di osservazioni, ossia i Paesi). Per la stima dei dati panel con effetti fissi ed effetti random ed una breve introduzione al test di Hausman, cfr. Wooldridge J. M. (2013), *Introductory Econometrics, A Modern Approach*, Cengage Learning, V. Ed., cap. 14, e la letteratura ivi citata. Ad un livello più avanzato, v. Baltagi B. H. (2005), *Econometric Analysis of Panel Data*, Wiley & Sons, cap. 2.

Modello ad Effetti fissi con dummy temporali, usando 135 osservazioni

Periodo temporale dal 2008 al 2016

Incluse 15 unità cross section  
 Lunghezza serie storiche = 9  
 Variabile dipendente: Debito pubblico / PIL  
 Errori standard robusti (HAC)

	<i>Coefficiente</i>	<i>Errore Std.</i>	<i>rapporto t</i>	<i>p-value</i>	
costante	102,995	4,14403	24,8539	<0,0001	***
<i>Leverage</i> bancario	-1,01844	0,153646	-6,6285	<0,0001	***
dt_2	8,95109	1,37919	6,4901	<0,0001	***
dt_3	14,1289	2,25635	6,2618	<0,0001	***
dt_4	20,6532	2,95242	6,9953	<0,0001	***
dt_5	27,7135	3,96683	6,9863	<0,0001	***
dt_6	27,4778	4,87067	5,6415	<0,0001	***
dt_7	33,2087	5,18057	6,4102	<0,0001	***
dt_8	33,2737	5,49964	6,0502	<0,0001	***
dt_9	34,1637	5,62578	6,0727	<0,0001	***
Media dipendente	var.	109,1683	SQM dipendente	var.	43,56315
Somma residui	quadr.	8778,466	E.S. regressione	della	8,892990
R-quadro LSDV		0,965480	R-quadro gruppi	intra-	0,742978
Log- verosimiglianza		-473,3545	Criterio di Akaike		994,7090
Criterio di Schwarz		1064,436	Hannan-Quinn		1023,044
rho		0,762521	Durbin-Watson		0,306783

**TAB. A2 – Modello ad effetti fissi con dummy temporali (2008-2016).**

I seguenti test confermano la bontà della stima contenuta nella Tab. A2

Test congiunto sui regressori -

Statistica test:  $F(1, 14) = 43,9366$

con p-value =  $P(F(1, 14) > 43,9366) = 1,13531e-05$

Test robusto per la differenza delle intercette di gruppo -

Ipotesi nulla: i gruppi hanno un'intercetta comune

Statistica test: Welch  $F(14, 45,0) = 186,964$

con p-value =  $P(F(14, 45,0) > 186,964) = 4,91612e-35$

Test di Wald per la significatività congiunta delle dummy temporali

Statistica test asintotica: Chi-quadro(8) = 169,679

con p-value =  $1,50564e-32$

**Il test di Chow**

Il test di *Chow* consente di verificare se è presente un *break* strutturale nel legame lineare tra due fenomeni quantitativi rilevati nel tempo (naturalmente questa non è l'unica sua possibile applicazione). La procedura statistica su cui è basato il test consiste nel suddividere le osservazioni in due sottoinsiemi, uno per ogni periodo, il primo antecedente e l'altro seguente il tempo del presunto *break*. L'ipotesi nulla  $H_0$  nega la presenza di tale *break* strutturale. Se, in base ai risultati campionari, le due stime, dello stesso modello applicato ai due sottoinsiemi delle osservazioni, sono tra loro significativamente diverse, allora è possibile rifiutare l'ipotesi  $H_0$  con una minima probabilità di commettere l'errore del primo tipo (rifiutare  $H_0$  quando è vera). In pratica, si tratta di porre a confronto la somma delle devianze degli errori stimati dai due modelli di regressione, applicati ai due sottoinsiemi di osservazioni, con la devianza degli errori della stima dello stesso modello calcolata sull'intero insieme di dati (stima *pooled*). Entrambe le devianze dei residui vanno divise per i corrispondenti gradi di libertà. Per costruzione la stima *pooled* (ottenuta dal modello detto vincolato) presenta una devianza degli errori più elevata (un minor *fitting*) rispetto a quella complessivamente ottenuta dalle stime effettuate separatamente su ognuno

dei due sottoinsiemi di dati (con il modello detto non vincolato). Se la varianza degli errori prodotta dal modello vincolato è significativamente più elevata della varianza degli errori generati dal modello non vincolato, allora si rifiuta l'ipotesi  $H_0$  e, quindi, si accetta la presenza del *break* strutturale. La statistica del test di Chow si distribuisce come una variabile casuale di Fisher-Snedecor (con i rispettivi gradi di libertà del numeratore e del denominatore del rapporto che costituisce la formula statistica di calcolo). Per una introduzione al test di Chow, cfr. Stock J. and Watson M. W. (2005), *Introduzione all'econometria*, cit., pp. 461 e ss. oppure Greene W. H. (2011), *Econometric Analysis*, Prentice Hall, VII ed, pp. 168 e ss.

**Abstract:** In contrasto con l'opinione prevalente nelle istituzioni di regolazione macroeconomica dell'Eurozona, che attribuiscono la recente esplosione del rapporto debito pubblico/Pil avvenuta in alcuni Stati membri al fatto di aver vissuto " al di sopra delle proprie possibilità" , nel presente contributo suggeriamo un'interpretazione alternativa del fenomeno. Facendo affidamento su alcune evidenze empiriche, sosteniamo invece che il crescente indebitamento di alcuni Stati membri sarebbe l'effetto congiunto di tre diversi fenomeni: (a) la propensione del settore finanziario all'assunzione di elevati rischi (una caratteristica peculiare del modello neoliberista di regolazione macroeconomica), tendenza che mette periodicamente il settore pubblico di fronte alla necessità di intervenire per salvare dalla bancarotta banche e altre istituzioni finanziarie; (b) la peculiarità del modello di regolazione macroeconomica adottato dall'Eurozona, che non prevede alcun meccanismo automatico di aggiustamento degli squilibri commerciali e in cui, quindi, i flussi di capitali compensativi tendono ad innescare bolle speculative nei paesi in deficit; (c) la strategia di contrasto alla crisi scelta dall'UE, caratterizzata dall'inasprimento della già rigida disciplina fiscale prevista dal Trattato istitutivo per effetto dell'entrata in vigore del Fiscal Compact e dei cosiddetti Two Pack e Six Pack.

In sintesi, l'indagine suggerisce che l'esplosione del debito sovrano nell'UE sia una spia della crisi della filosofia neo-liberista di regolazione macroeconomica incarnata dal Trattato di Maastricht, basata sul sostanziale esautoramento dei governi dalle funzioni allocative e sul loro trasferimento alle spontanee forze di mercato. I venti anni di vita

dell'Eurozona sembrano infatti dimostrare che l'aggiustamento degli squilibri commerciali in un'area a moneta unica sia difficilmente realizzabile attraverso l'operare di mercati deregolamentati senza il supporto di politiche fiscali anticicliche.

**Abstract:** In contrast to the opinion prevailing in Eurozone leading institutions, attributing the recent sovereign debt crisis in some member countries to the fact of "having lived above their means", in this contribution we suggest an alternative interpretation of public debt dynamics occurred in the last decade. Relying on some empirical evidence, we argue that the rising debt/GDP ratio in EU member States is instead the joint effect of three different phenomena: (a) the propensity of banks and financial institutions to assume excessively risky portfolio structures (a characteristic feature of the neoliberal model of macroeconomic regulation), which obliged the public sector to periodically bail-out banks and other financial institutions from bankrupt; (b) the peculiarity of the Eurozone's model of macroeconomic regulation, where there is no automatic mechanism for adjusting trade imbalances, and where compensative capital flows are likely to feed speculative bubbles in deficit countries; (c) the EU strategy to tackle the crisis, characterized by a further strengthening of the already tight fiscal discipline envisaged by the Maastricht Treaty.

In summary, our investigation suggests that the explosion of sovereign debt in the EU reveals the crisis of the neo-liberal philosophy of macroeconomic regulation embodied in the Maastricht Treaty, based on a massive transfer of allocative functions from governments to market forces. However, these twenty years of Eurozone's life seem to testify that the adjustment of trade imbalances in a single currency area is difficult to achieve by simply relying on the working of deregulated markets, without the support of countercyclical fiscal policies.

**Parole chiave:** debito sovrano – finanziarizzazione – governance globale – leverage bancario – bailout – Fiscal Compact – austerità espansiva – crisi globale.

**Key words:** sovereign debts – financialization – global governance – banking sector leverage – bailout – Fiscal Compact – expansive austerity – global crisis.

## LIBERTÀ DI CURA E SCELTE DI FINE VITA: LA NUOVA LEGGE SUL BIOTESTAMENTO\*.

di Renata Maddaluna\*\*

**Sommario.** 1. Introduzione – 2. La legge n. 219/2017: presupposti e limiti della disciplina sul *fine vita* – 3. Il consenso informato – 3.1) Modalità di acquisizione e documentazione del consenso informato – 4. Le disposizioni anticipate di trattamento (cd. DAT): alcune riflessioni critiche – 5. La mancata previsione dell'obiezione di coscienza del personale medico-sanitario – 6. Conclusioni.

### 1. Introduzione.

Il 14 dicembre il Senato ha approvato, dopo mesi di ostruzionismo e decine di migliaia di emendamenti, la legge n. 219/2017 sul cosiddetto testamento biologico o biotestamento<sup>104</sup>.

Il provvedimento, che si compone di otto articoli, affronta i temi del consenso informato, disciplinandone modalità di espressione e di revoca, nonché le condizioni con le quali il dichiarante illustra i propri orientamenti sul *fine vita* nell'ipotesi in cui sopravvenga una perdita irreversibile della propria capacità di intendere e di volere.

Il provvedimento s'inserisce al crocevia dei rapporti tra diritto alla salute, consenso informato e libertà di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche, offrendo agli interpreti significativi spunti di riflessione, anche nella dimensione penalistica.

La legge affronta, dunque, un tema particolarmente delicato e sensibile, al confine tra

---

\* *Sottoposto a referaggio.*

\*\* Dottoressa in Giurisprudenza – Università di Napoli “Federico II”.

<sup>104</sup>La legge 219/2017, anche nota come “Legge sul biotestamento”, di cui si analizzeranno alcuni articoli nel presente contributo, è stata approvata con 180 voti a favore, 71 voti contrari e 6 astensioni ed è entrata in vigore il 31 gennaio 2018.

Il ddl, nella legislatura in cui risulta infine approvato, ha iniziato il suo cammino alla Camera con la proposta n. 1142 presentata il 4 giugno 2013 cui furono abbinate numerose altre proposte. L'esame in Commissione alla Camera è iniziato il 4 febbraio 2016 per concludersi il 2 marzo 2017. La discussione in Assemblea si è svolta dal 13 marzo al 20 aprile 2017, data in cui fu approvato, infine, il testo unificato, poi trasmesso al Senato il giorno successivo. Per approfondimenti sulla vicenda dell'approvazione si legga B. De Filippis, *Biotestamento e fine vita*, Napoli, 2018, p. 65 ss.

Rispetto al testo sul *fine vita* approvato nella XVI Legislatura dalla Camera dei Deputati il 12 luglio 2011, del quale è poi mancata l'approvazione definitiva da parte del Senato, sono scomparsi il riconoscimento del diritto inviolabile della vita umana, il divieto di qualunque forma di eutanasia, di omicidio del consenziente e di aiuto al suicidio.

l'aspetto religioso e quello laico civile, ponendo l'accento sul principio di autodeterminazione del malato sancito dalla Costituzione, dalla Convenzione di Oviedo e dalla Carta di Nizza<sup>105</sup>.

Si tratta di un risultato fortemente voluto dalle varie associazioni impegnate nella tutela del *fine vita*, ma anche da tutti quei cittadini che ritengono necessario poter esprimere le proprie volontà per il caso in cui, nel futuro, non siano più in grado di decidere del proprio corpo, in particolare in ordine a quali trattamenti medici accettare o meno. Molti sono stati, infatti, i casi che hanno scosso e diviso l'opinione pubblica italiana. Basti pensare alle note vicende di Eluana Englaro e Piergiorgio Welby e, in tempi più recenti, a quelle di Fabiano Antoniniani *alias* dj Fabo<sup>106</sup>: si tratta di casi che hanno generato una riflessione sulla precarietà della salute di ognuno di noi e sulla necessità di disporre oggi per domani, onde evitare di essere oggetto di altrui decisioni<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup>Sino ad oggi il diritto di morire (*right to die*), inteso come diritto di determinare temporalmente il momento della propria morte, era riconosciuto solo in via indiretta, potendo esprimersi attraverso la rinuncia definitiva a trattamenti sanitari più o meno intollerabili ovvero, di fatto, mediante l'utilizzo di trattamenti sanitari (palliativi) che, come conseguenza indiretta, producono necessariamente la morte (eutanasia indiretta). La doverosa presenza, in questi casi, di un apparato sanitario, che operi in modo attivo o omissivo, trasforma l'esercizio di questi diritti in scriminanti procedurali, benché siano disciplinate solo in modo sommario o carente dalla legge e siano state concretizzate soprattutto dalla giurisprudenza: certo, non è la procedura in sé che rende legittimo l'aiuto a morire. Tuttavia questo diritto può essere esercitato esclusivamente attraverso una procedura. Questi veri diritti sono dunque stati riconosciuti in modo frammentario, attraverso *leading cases* della giurisprudenza: si pensi, in particolare, ai noti casi Welby ed Englaro.

<sup>106</sup>«Le mie giornate sono intrise di sofferenza e disperazione. Trovo più dignitoso e coerente, per la persona che sono, terminare la mia agonia». Sono, queste, le ultime parole del quarantenne Fabiano Antoniniani, *alias* Dj Fabo, che il 27 febbraio ha scelto la strada del suicidio assistito in Svizzera. Cieco e tetraplegico a causa di un incidente, ha scosso l'Italia con i suoi appelli per una morte dignitosa, proprio nel momento in cui è arrivata in Parlamento il progetto di legge sul testamento biologico. DJ Fabo subisce nel 2014 un gravissimo incidente stradale, in seguito al quale rimane tetraplegico e cieco, pur conservando piena lucidità mentale e il senso del dolore. Dopo diversi tentativi di terapie e quasi un anno di ricovero presso l'ospedale Niguarda, le sue condizioni cliniche vengono dichiarate irreversibili. Egli però non si arrende e si sottopone, così, a cure sperimentali in India, basate sull'uso delle cellule staminali. Fallito anche quest'ultimo tentativo, Fabiano comincia a maturare l'idea di porre fine a quella che non considera neanche più "vita". Con l'aiuto della fidanzata della madre, entra in contatto con l'associazione "Luca Coscioni" ed in particolare con il suo tesoriere, Marco Cappato. Quest'ultimo prospetta a Fabiano e alla sua famiglia diverse possibili strade per dare corso alla sua volontà di togliersi la vita, tra cui quella di recarsi in Svizzera per accedere al c.d. *suicidio assistito*. La scelta dell'Antoniniani, già in precedenza irrevocabile e determinata a percorrere la strada del suicidio, si indirizza quindi nel senso di cercare l'aiuto dell'associazione "Dignitas". Questa scelta lo porterà, il 27 febbraio 2017, a porre fine alla propria vita sul letto del centro gestito da quest'ultima, vicino a Zurigo. In questa occasione, la Procura di Milano ha invitato il g.i.p. ad archiviare la posizione di colui che abbia accompagnato in Svizzera un malato irreversibile, ma non terminale, per sottoporsi ad una procedura di suicidio assistito. L'aspetto più interessante è il motivo per cui è richiesta l'archiviazione: la condotta di aiuto non sarebbe punibile perché, in buona sostanza, costituirebbe concorso nell'esercizio di un diritto dell'individuo. Sul punto si rinvia a P. Bernardoni, *Tra reato di aiuto al suicidio e diritto ad una morte dignitosa: la Procura di Milano richiede l'archiviazione per Marco Cappato*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it).

<sup>107</sup>Nell'ambito della discussione parlamentare hanno rivestito, dunque, un ruolo decisivo, da una parte, la volontà di consacrare, per via legislativa, principi ormai consolidati nell'elaborazione giurisprudenziale (a

Sul tema è, tra l'altro, recentemente intervenuto anche Papa Francesco che, nel messaggio ai partecipanti al meeting europeo della *World Medical Association* sulle questioni del fine vita (Vaticano, 16-17 Novembre 2017), ha definito «moralmente lecito rinunciare all'applicazione di mezzi terapeutici, o sospenderli, quando il loro impiego non corrisponde a quel criterio etico e umanistico che verrà in seguito definito proporzionalità delle cure», ricordando, peraltro, che «in seno alle società democratiche argomenti delicati come questi vanno affrontati con pacatezza: in modo serio e riflessivo, e ben disposti a trovare soluzioni – anche normative – il più possibile condivise».

All'esito di un lungo e complicato percorso che ha interessato la società tutta, oltre che i nostri rappresentanti nelle sedi istituzionali, il legislatore ha, dunque, riconosciuto la possibilità per i cittadini di formulare le proprie disposizioni anticipate di trattamento sanitario, (d'ora in poi DAT)<sup>108</sup>.

Il pieno riconoscimento delle DAT è certamente da salutare con favore, non solo perché le

---

partire dal riconoscimento del ruolo rivestito dal consenso del paziente al trattamento medico), dall'altra, il clamore mediatico che ha accompagnato i recenti casi di drammatica attualità e soprattutto la mutata sensibilità di gran parte del mondo cattolico, testimoniata da ultimo dalle parole pronunciate da Papa Francesco nel messaggio ai partecipanti al meeting regionale europeo della *World Medical Association* sulle questioni del *fine vita* del 16 novembre 2017.

<sup>108</sup>Secondo il Comitato Nazionale di Bioetica: «[...]Con Dichiarazioni Anticipate di Trattamento si indicano documenti con i quali una persona, dotata di piena capacità, esprime la sua volontà circa i trattamenti ai quali desidererebbe o non desidererebbe essere sottoposta nel caso in cui, nel decorso di una malattia o a causa di traumi improvvisi, non fosse più in grado di esprimere il proprio consenso o il proprio dissenso informato[...]». La suddetta definizione è ricavata dal documento "Dichiarazioni anticipate di trattamento del 18.2.2003" del Comitato Nazionale di Bioetica, in [www.consigliodeiministri.it](http://www.consigliodeiministri.it). In virtù dell'art. 38 del Codice di deontologia medica poi: «Il medico tiene conto delle dichiarazioni anticipate di trattamento espresse in forma scritta, sottoscritta e datata da parte di persona capace e successive ad un'informazione medica di cui resta traccia documentale. La dichiarazione anticipata di trattamento comprova la libertà e la consapevolezza delle scelte sulle procedure diagnostiche e/o sugli interventi terapeutici che si desidera o non si desidera vengano attuati in condizioni di totale o grave compromissione delle facoltà cognitive o valutative che impediscono l'espressione delle volontà attuali. Il medico, nel tenere conto delle dichiarazioni anticipate di trattamento, verifica la loro congruenza logica e clinica con la condizione in atto e ispira la propria condotta al rispetto della dignità e della qualità di vita del paziente, dandone chiara espressione nella documentazione sanitaria. Il medico coopera con il rappresentante legale perseguendo il miglior interesse del paziente e in caso di contrasto si avvale del dirimente giudizio previsto dall'ordinamento e, in relazione alle condizioni cliniche, procede comunque tempestivamente alle cure ritenute indispensabili e indifferibili».

Presupposti per la valida redazione delle DAT sono la maggiore età e il possesso della capacità di intendere e di volere e, dunque, della capacità di agire (art. 2 c.c.); l'art. 4 della legge n. 219/2017 che ne permette la redazione riecheggia, evidentemente, il contenuto dell'art. 591 c.c. sul testamento, per cui potranno, in linea di massima, trovare applicazione, in tema di annullamento delle DAT, i principi giurisprudenziali affermatasi con riferimento all'annullabilità del testamento (cfr. sul punto, in particolare, Cass., 23 dicembre 2014, n. 27351, in [www.studiocataldi.it](http://www.studiocataldi.it)). Le DAT, inoltre, possono essere redatte da qualsiasi cittadino, come detto capace di agire e maggiorenne, senza alcuna assistenza legale, proprio come il testamento, ma può essere comunque opportuna la collaborazione di un avvocato o di un notaio, così come per la redazione delle stesse può giovare l'aiuto di un medico, così da assicurare che siano chiare e comprensibili e non diano luogo a possibili problemi d'interpretazione.

stesse risultano concreta espressione di un diritto già riconosciuto da fonti nazionali e soprattutto sovranazionali<sup>109</sup> e poi anche perché in numerosi Comuni già erano stati istituiti appositi registri e raccolte di disposizioni di ultima volontà per dar seguito alle molteplici richieste cittadine di poter esprimere le proprie dichiarazioni sulle tematiche del fine vita. Tuttavia, com'è evidente, l'istituzione e il completo funzionamento di questi registri dipendevano dalla volontà dei singoli Comuni e quindi delle singole autonomie locali, con ciò favorendosi enormi disparità di trattamento fondate, a loro volta sulle diverse realtà territoriali<sup>110</sup>.

In questo senso, come si cercherà di dimostrare nel presente contributo, le dichiarazioni anticipate di trattamento sono senza dubbio un valido ed efficace strumento che rafforza l'autonomia individuale e il consenso informato della persona nelle scelte mediche o terapeutiche, tanto più che, grazie alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (artt. 1 e 3) ed alla Convenzione sui diritti dell'Uomo e la biomedicina (artt. 5, 6 e 9), questi principi hanno acquisito nuovo e maggior rilievo, non soltanto coinvolgendo i doveri professionali del medico e la legittimazione del suo agire, ma dando sostanza al diritto del cittadino all'integrità della persona e al rispetto delle sue decisioni<sup>111</sup>. Tuttavia, come meglio si dirà nel prosieguo, è anche vero che la legge in questione non è immune da censure e critiche se posta in raffronto con alcuni principi e valori fondamentali della nostra

---

<sup>109</sup>La Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina (Convenzione di Oviedo del 1997) contiene, infatti, una disposizione apposta per le dichiarazioni anticipate di trattamento. L'articolo 9 detta: «i desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione» («*shall be taken into account*»).

A sua volta, poi, un secondo elemento a sostegno delle direttive anticipate di trattamento era rinvenibile prima che fosse emanata questa legge già nel Codice di deontologia medica che ha espressamente previsto l'eventualità che il soggetto, prima di cadere in uno stato di incapacità di comunicare, abbia espresso la propria volontà sui trattamenti cui sottoporsi o meno. L'articolo 38, nell'odierna versione risalente al 2006, dispone, infatti, che il medico «deve attenersi, nell'ambito della autonomia e indipendenza che caratterizza la professione, alla volontà liberamente espressa della persona di curarsi e deve agire nel rispetto della dignità, della libertà e autonomia della stessa [ ... ]. Il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà, deve tenere conto nelle proprie scelte di quanto precedentemente manifestato dallo stesso in modo certo e documentato». Ed anche considerando quanto previsto nella versione precedente del Codice, si desume come la rilevanza delle direttive anticipate di trattamento sia stata nel vigente Codice espressamente confermata».

<sup>110</sup>La nuova legge in ogni caso non cancella questi documenti, ma estende anche ad essi le sue previsioni, sempre che rispettino i requisiti richiesti dalla nuova normativa.

<sup>111</sup>Le dichiarazioni possono essere intese sia come un'estensione della cultura che ha introdotto, nel rapporto medico-paziente, il modello del consenso informato, sia come spinta per agevolare il rapporto personale tra il medico e il paziente proprio in quelle situazioni estreme in cui non sembra poter sussistere alcun legame tra la solitudine di chi non può esprimersi e la solitudine di chi deve decidere.

Carta Costituzionale.

## 2. La legge n. 219/2017: presupposti e limiti della disciplina sul *fine vita*.

La legge 219/2017 distingue due momenti: il primo relativo alla fase in cui il soggetto possiede piena facoltà di decidere per sé stesso; il secondo in cui, invece, non può più farlo. Le norme prevedono, per la prima ipotesi, il diritto al consenso informato sul proprio stato di salute e sui trattamenti che la medicina propone (art.1, l. n. 219/2017) e lascia al paziente il diritto di decidere in maniera consapevole ed informata. Viene, altresì, riconosciuta la possibilità di realizzare, nell'ambito della relazione tra paziente e medico, una pianificazione condivisa delle cure (art. 5, l. n. 219/2017), alla quale il medico e l'équipe sanitaria sono tenuti ad attenersi qualora il paziente venga a trovarsi nella condizione di non poter esprimere il proprio consenso ovvero in una condizione di incapacità.

Per la seconda ipotesi, invece, la legge riconosce espressamente la possibilità per ogni cittadino di redigere il proprio testamento biologico<sup>112</sup>.

Nell'ambito del *fine vita*, dunque, l'autonomia negoziale di ciascuno di noi (art. 1322 c.c. e artt. 2, 3 e 41 Cost.) si manifesta mediante la possibilità di stendere il testamento biologico, definito come quel «documento con il quale una persona, dotata di piena capacità, esprime la sua volontà circa i trattamenti ai quali desidera o non desidera essere sottoposto nel caso in cui, nel decorso di una malattia o a causa di traumi improvvisi non

---

<sup>112</sup>Il termine *testamento biologico* deriva dall'inglese *living will* ed è meglio definito come “Direttiva anticipata di trattamento”, una formula che esprime più chiaramente l'inderogabilità della volontà del paziente in tale contesto giuridico.

Da un punto di vista legale, va sin d'ora chiarito che il testamento biologico si differenzia dall'eutanasia: con il *testamento biologico* la persona compie una scelta proiettata nel futuro e fondata sul diritto di ricevere o rifiutare determinati trattamenti sanitari, qualora questi trattamenti si rivelassero indispensabili per la sopravvivenza. Con l'*eutanasia*, invece, senza qui entrare nel merito delle ulteriori distinzioni tra eutanasia attiva e passiva, si richiede ad un soggetto, normalmente un medico, la prescrizione di una sostanza letale che, se somministrata al richiedente, ne provoca la morte e che, quindi, non può essere in alcun modo paragonata ad un trattamento sanitario il quale, invece, è strutturalmente preordinato a garantire la vita.

Dunque, le dichiarazioni che il biotestamento consente, al contrario dell'eutanasia, si pongono in linea con il corso naturale della vita umana, perché danno la possibilità al paziente di rifiutare, in presenza di determinate condizioni, un trattamento potenzialmente in grado di allungargli artificialmente la vita con sacrificio, però, della sua dignità. Eutanasia e biotestamento, allora, differiscono allo stesso modo in cui differiscono azione ed omissione, nonché negli obiettivi, perché mentre la prima ha lo scopo di porre fine alla vita, così contrastandone il corso naturale, il secondo, invece, l'asseconda. Sull'argomento e sulle affinità e differenze rispetto anche all'istituto del suicidio assistito si legga B. De Filippis, *Biotestamento e fine vita*, cit., p. 50.

fosse in grado di esprimere il proprio consenso o il proprio dissenso informato»<sup>113</sup>.

L'attuazione del testamento biologico rimanda all'alleanza terapeutica tra il medico e il paziente, la quale deve improntare tutte le fasi del trattamento sanitario: se, infatti, il malato pienamente capace è in grado di instaurare un dialogo consapevole con il medico riguardo ai trattamenti cui intende o meno sottoporsi, nel momento in cui avvenga, invece, la perdita di coscienza, il consenso del paziente è recuperato attraverso la rilevanza giuridica di quanto anticipatamente consacrato nelle DAT.

Nel presente contributo si prenderanno in esame solamente alcune disposizioni della nuova legge n. 219/2017 al fine di verificarne la rispondenza e non contrarietà ai valori e principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico, consacrati nella Carta Costituzionale, e di mettere in luce eventuali aspetti di criticità in relazione al catalogo assiologico accolto nel Testo fondamentale. Sin d'ora preme, infatti, rilevare che la legge non è immune da profili di criticità, né contiene una regolamentazione esaustiva della materia e i profili che restano aperti all'interpretazione di medici, rappresentanti e parenti dei malati rischiano di scatenare un importante contenzioso, tanto più che è la stessa legge a contemplare espressamente specifiche ipotesi in cui al giudice tutelare è affidata l'ultima parola sui trattamenti sanitari<sup>114</sup>.

### 3. Il consenso informato.

All'art. 1 la legge n. 219/2017 proclama i valori che intende tutelare: essa, nel rispetto degli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione e degli artt. 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea «tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge».

Per la fase in cui la persona ha la piena capacità di decidere per se stessa, la legge valorizza la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato

---

<sup>113</sup>La definizione è ricavata dal documento "Dichiarazioni anticipate di trattamento del 18.2.2003" del Comitato Nazionale di Bioetica, cit.

<sup>114</sup>Si tratta, in particolare, dei casi in cui medici, rappresentanti o fiduciari del malato siano in disaccordo (art. 3, c. 5, l.n. 219/2017).

«nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico» (art. 1, c. 2, l. n. 219/2017).

In particolare, la legge è da apprezzare nella misura in cui, per la prima volta, all'art. 3 introduce nel nostro ordinamento una espressa definizione di consenso informato inteso come «il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi».

Del resto, però, già prima che la medesima inserisse nel nostro ordinamento una specifica definizione di consenso informato, la Corte costituzionale, in numerose sentenze, specie in rapporto all'attività medico chirurgica<sup>115</sup>, aveva chiarito che il consenso informato, inteso quale espressione della libera e consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona che trova fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione ed in numerose norme internazionali<sup>116</sup>.

La circostanza che il consenso informato trovi il suo fondamento nei predetti articoli mette in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione (artt. 13 e 32 Cost.) e quello alla salute (art. 32 Cost.)<sup>117</sup>, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, proprio per tale ragione,

---

<sup>115</sup>Così Corte cost., s.n. 438/2008, in *www.federalismi.it*, n. 1/2009.

<sup>116</sup>Il riferimento è, in particolare, all'art. 24 della Convenzione sui diritti del fanciullo di New York, all'art. 5 della Convenzione di Oviedo del 1997 e all'art. 3 della Carta di Nizza. Il principio del consenso informato è altresì consacrato dall'art. 35 del codice di deontologia medica.

<sup>117</sup>Così Corte cost., s.n. 438/2008, cit. Inoltre, la Suprema Corte di Cassazione, con la sentenza n. 21748 del 2007, in *www.studiocataldi.it*, resa sul noto caso Englaro, aveva già affermato che: «Il consenso informato costituisce, di norma, legittimazione e fondamento del trattamento sanitario. Senza il consenso informato l'intervento del medico è sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente, la pratica del consenso libero e informato rappresenta una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi». In altre parole, sul paziente in grado di esprimere il consenso o il dissenso informato, perché capace di intendere e volere, non è possibile praticare alcun trattamento sanitario contro la sua volontà. La Corte, inoltre, aggiungeva che: «Il consenso afferisce alla libertà morale del soggetto ed alla sua autodeterminazione, nonché alla sua libertà fisica intesa come diritto al rispetto della propria integrità corporea, le quali sono tutti profili della libertà personale, proclamata inviolabile dall'art. 3 della Costituzione. Ne discende che non è attribuibile al medico un generale "diritto di curare" a fronte del quale non avrebbe alcun rilievo la volontà dell'ammalato che si troverebbe in una posizione di soggezione su cui il medico potrebbe ad libitum intervenire con il solo limite della propria coscienza [ ... ] il consenso informato ha come correlato la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia, di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi [ ... ]. «Deve escludersi che il diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene vita».

il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché alle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere quanto più esaurienti possibili, proprio in risposta alla necessità di garantire la consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale tutelata dall'art. 13 della Costituzione<sup>118</sup>.

In tal senso, il consenso informato, espresso, cioè, a seguito di una informazione completa, da parte del medico, dei rischi del trattamento sanitario e dei suoi possibili effetti negativi, è il presupposto di liceità dell'attività medica: superata, infatti, la tesi della cosiddetta *autolegittimazione* dell'attività medica, il medico non può intervenire in assenza del consenso o addirittura malgrado il dissenso del paziente<sup>119</sup>. Negli ultimi anni, d'altronde, il rapporto tra medico e paziente è sensibilmente cambiato sotto molteplici punti di vista e, tra le altre cose, è stata superata anche la concezione paternalistica che poneva il primo in una posizione completamente dominante nei confronti del secondo; si accoglie, quindi, l'idea di alleanza terapeutica tra medico e paziente, valorizzata proprio dalla legge in commento (art. 1, c. 5, l. n. 219/2017). Il paziente, dunque, non è più destinatario inerte della cura medica, ma ne è attivo protagonista, poiché il trattamento è sempre frutto di un percorso concordato con il medico, sul quale incombe il dovere di colmare l'ontologica asimmetria informativa.

Pertanto, alla luce di quanto detto, un intervento medico non può considerarsi lecito se prima il paziente non abbia ricevuto dai medici le informazioni riguardanti la sua patologia ed i trattamenti a cui sarà sottoposto e non abbia dato il suo consenso libero e consapevole alle cure.

---

<sup>118</sup>In tale prospettiva, l'art. 1, c. 4, l.n. 219/2017 consente di acquisire il consenso informato nei modi più consoni alle condizioni del paziente, mediante documentazione in forma scritta o, per la persona con particolari disabilità, mediante videoregistrazioni.

Venendo alla forma del consenso informato, va precisato che, prima dell'intervento della legge n. 219/2017, non esisteva alcun obbligo di acquisirlo per iscritto, con la conseguenza che si riteneva astrattamente ammissibile anche un consenso informato semplicemente verbale. In concreto, tuttavia, sorgevano molteplici inevitabili difficoltà sul piano probatorio nel caso in cui il consenso non fosse stato ottenuto in forma scritta e la vicenda fosse poi sfociata in un contenzioso. È proprio per tale ragione che si rendeva assolutamente preferibile che il consenso fosse manifestato dal paziente sempre per iscritto.

A tale proposito è bene evidenziare che, secondo molti, non è sufficiente, in ogni caso, la mera sottoscrizione di un modulo precompilato di consenso alle cure. È, infatti, importante che il modello di acquisizione del consenso informato non sia troppo stringato né troppo prolisso e scritto con l'utilizzo di termini tecnici che potrebbero non essere compresi. In definitiva, il modello di consenso informato deve essere redatto in modo da essere facilmente leggibile e comprensibile da qualsiasi paziente.

<sup>119</sup>Sulla base di queste considerazioni la giurisprudenza di legittimità ritiene che, ove il consenso informato manchi o risulti viziato, il trattamento sanitario è perciò stesso invasivo (Cass., Sez. Un., sentenza del 21 gennaio 2009 n. 2437 in [www.studiocataldi.it](http://www.studiocataldi.it)).

Nell'ambito della relazione di cura e fiducia tra medico e paziente basata sul consenso informato<sup>120</sup>, al paziente è, altresì, riconosciuto il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia oppure singoli atti del trattamento stesso; al paziente spetta, altresì, il potere di revocare, in qualsiasi momento, il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento. Peraltro, chiarendo quello che in passato era un enorme dubbio, la legge ha precisato che per *trattamento* si intendono anche la nutrizione e l'idratazione artificiale, quest'ultima definita espressamente come somministrazione di nutrienti mediante dispositivi medici (art. 1, c. 5, l.n. 219/2017)<sup>121</sup>.

Del resto, ormai il principio del consenso informato è divenuto principio di carattere generale, non limitato alla sola materia bioetica e al biotestamento. Sul punto, infatti, la Corte di Cassazione afferma chiaramente che la manifestazione del consenso informato alla prestazione sanitaria costituisce esercizio di un diritto soggettivo del paziente all'autodeterminazione, cui corrisponde, da parte del medico, l'obbligo di fornire informazioni dettagliate sull'intervento da eseguire, con la conseguenza che, in caso di contestazione del paziente, grava sul medico l'onere di provare il corretto adempimento dell'obbligo informativo preventivo, mentre, nel caso in cui tale prova non venga fornita, è necessario distinguere, ai fini della valutazione della fondatezza della domanda risarcitoria proposta dal paziente, l'ipotesi in cui il danno alla salute costituisca esito non

---

<sup>120</sup>Anche su tale punto la legge è in sintonia con i contenuti del Codice di deontologia medica e, in particolare, con l'art. 20, in cui si rinvia la medesima considerazione del tempo di comunicazione tra medico e paziente come tempo di cura.

<sup>121</sup>Prima della legge non si contestava il richiamato principio costituzionale secondo cui nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario, ma si sosteneva che alimentazione e idratazione non fossero tali, costituendo un mero sostegno vitale. Tuttavia, già la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 21748 del 16 ottobre 2007 in [www.studiocataldi.it](http://www.studiocataldi.it), a proposito di Eluana Englaro, aveva affermato il contrario, riconoscendo che idratazione e alimentazione artificiale costituissero trattamenti sanitari. Sulla stessa linea si pone la nuova legge, la quale (art. 1, c. 5) espressamente e senza possibilità di differenti interpretazioni o distinzioni, statuisce: «Ai fini della presente legge, sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici». Secondo M. Magliocchetti, *Biotestamento, la via italiana all'eutanasia. Quattro ragioni per ritenere questa legge ingiusta*, in *Si alla vita*, n. 1/2017, pp. 27-28, in tal modo la legge smaschera il suo intento eutanasi. L'autore infatti afferma che «questo passaggio del ddl sul biotestamento è la chiave di volta che smaschera gli intenti eutanasi dei suoi promotori. Innanzitutto è necessario specificare che terapia e cura non sono sinonimi: mentre per terapia si intende ogni trattamento sanitario finalizzato alla guarigione del malato, la cura è ogni presidio assistenziale destinato alla cura della persona (Harrison – Braunwald, *Manual of medicine*, 2016). Essendo quindi la terapia relazionata alla malattia e la cura ai bisogni della persona, intendere la nutrizione e l'idratazione come terapie sembra alquanto difficile [...]. Analogamente, il paziente che non viene alimentato e idratato correttamente si vede privato di sostegni indispensabili alla vita, come la persona sana [...]».

attendibile della prestazione tecnica, se correttamente eseguita, da quella in cui, invece, il peggioramento della salute corrisponda ad un esito infausto prevedibile *ex ante*<sup>122</sup>.

In tale quadro, la legge n. 219/2017 contiene alcune importanti enunciazioni di principio utili ad orientare l'interprete nel risolvere fondamentali problemi di rilevanza penale che potrebbero venire in rilievo nel singolo caso concreto: infatti, ponendo a carico del medico l'obbligo di rispettare la volontà del paziente di rifiutare il trattamento sanitario, detta legge lo esime, al tempo stesso, da qualsiasi responsabilità civile o penale. Dunque, all'obbligo del paziente di non esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali, la legge fa corrispondere la mancanza, in capo al medico, di qualsiasi obbligo professionale (art. 1, c. 6, l.n. 219/2017)<sup>123</sup>, anche se l'esclusione di responsabilità non copre, è bene ricordarlo, le ipotesi di colpa medica nella somministrazione del trattamento sanitario, vale a dire cioè i casi in

---

<sup>122</sup>Così Cass., 13 ottobre 2017, n. 24074 in [www.studiocataldi.it](http://www.studiocataldi.it). Negli stessi termini si veda anche Cass., 5 luglio 2017, n. 16503 in [www.studiocataldi.it](http://www.studiocataldi.it).

<sup>123</sup>In ogni caso, il medico è tenuto ad alleviare i dolori dell'assistito, anche laddove questi abbia rifiutato i trattamenti sanitari. E', infatti, sempre garantita la cosiddetta terapia del dolore, cui è dedicato l'art. 2 della legge n. 219/2017, ivi compresa la sedazione palliativa profonda e continuata, specie qualora vi siano sofferenze refrattarie a trattamenti sanitari. In particolare, in caso di prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole di somministrazione di cure o trattamenti inutili e sproporzionati.

La legge, quindi, preclude ogni forma di accanimento terapeutico, facendo, in ogni caso, salve situazioni di emergenza e di urgenza in cui il medico e l'équipe sanitaria sono obbligati ad assicurare le cure necessarie, sempre nel rispetto della volontà del paziente (art. 1, c. 7 l.n. 219/2017).

In caso di intervento medico urgente, la prima valutazione da fare è quella relativa alle effettive condizioni del paziente, in quanto, se questi è cosciente e lucido, il suo consenso deve essere sempre e comunque acquisito, eventualmente in forma sintetica o solo verbale. Diverso e più complesso è il caso in cui, invece, il paziente non sia cosciente. Infatti, se, in linea teorica, senza il consenso informato il medico non può compiere alcun intervento terapeutico, è anche vero che nelle situazioni di urgenza in cui il paziente si trovi in stato di incoscienza, non è concretamente possibile conoscerne la volontà in ordine alle cure. La questione è stata, allora, risolta dalla dottrina fondando l'esonero eccezionale dall'obbligo di acquisizione del consenso su quanto «previsto dall'articolo 54 del codice penale, secondo il quale «non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo».

Siamo, dunque, di fronte ad una scriminante che legittima anche azioni normalmente illegali, tra le quali pure un intervento medico condotto senza consenso, ma con l'unica finalità di salvaguardare il paziente dal pericolo di un danno grave alla salute.

Si comprende allora la ragione per cui il comma 7 del medesimo art. 1, statuendo l'obbligo del medico di rispettare la volontà del paziente di rifiutare o di rinunciare, tra l'altro, alla nutrizione e all'idratazione artificiale, prevede espressamente che il medico sia esente da responsabilità civile o penale. Stabilendone l'esenzione da responsabilità, sia civile che penale, sembra che la legge abolisca in modo surrettizio il divieto dell'omicidio del consenziente (art. 579 c.p.), oltre che, *a fortiori*, dell'aiuto al suicidio (art. 580 c.p.).

cui il rifiuto del trattamento sia giustificato dall'erroneità di diagnosi o di terapia stessa. Sulla scorta dell'interpretazione dei principi evocati dalla suddetta nuova legge, non appare ormai più concretamente sostenibile la teoria tradizionale che poneva in primo piano la necessità di tutelare, da parte del medico, sempre e a tutti i costi la vita del paziente, anche contro la sua volontà, ma, anzi, sancendosi un vero e proprio diritto al rifiuto delle cure e il bisogno di acconsentire sempre e comunque alle medesime, si legittima, di fatto, un diritto di lasciarsi morire qualora la vita non appaia più degna di essere vissuta<sup>124</sup>. E, del resto, l'art. 32 Cost. non parla di diritto alla vita, ma si riferisce esclusivamente al diritto alla salute e lo imputa prioritariamente al singolo individuo, poi alla collettività; se ne trae agevolmente, quindi, che ciascuno ha il diritto e non il dovere di vivere la propria vita.

### 3.1. Modalità di acquisizione e documentazione del consenso informato.

Siccome per la giurisprudenza il consenso informato è espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto, il che presuppone che siano state fornite al paziente tutte le informazioni possibili<sup>125</sup>, e poiché nel codice di deontologia medica l'acquisizione del consenso è definita come «atto di specifica ed esclusiva competenza del medico, non delegabile» (art. 35), si pone innanzitutto il problema di comprendere se il resto del personale sanitario sia addetto a ricevere la dichiarazione di consenso del paziente, stante l'assenza di analoga previsione nella recente legge. Si potrebbe sostenere, in realtà, che, in virtù del più generale principio per cui *lex posterior derogat priori* e siccome la legge n. 219/2017 è legge ordinaria, il personale sanitario possa e, anzi, debba, in casi di temporanea assenza del medico, acquisire il consenso informato del paziente, anche in vista della necessità, come detto avallata prioritariamente dalla legge in commento, di favorirne la rapida formazione. Tuttavia, nemmeno bisogna dimenticare che l'acquisizione del consenso direttamente da parte del medico è logica conseguenza delle responsabilità che al

---

<sup>124</sup> Tale diritto, oltre a desumersi per implicito dall'impianto complessivo della legge in commento, potrebbe trovare esplicito aggancio normativo nell'art. 1, c. 5 l.n. 219/2017 che esprime con chiarezza il principio secondo cui ogni persona capace di agire ha diritto di rifiutare qualsiasi accertamento sanitario o trattamento diagnostico proposto dal medico, in tutto o in parte.

<sup>125</sup> Cass., 11 dicembre 2013, n. 27751 in *www.studiocataldi.it*: «Il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, impone che quest'ultimo fornisca al paziente, in modo completo ed esaustivo, tutte le informazioni scientificamente possibili riguardanti le terapie che intende praticare o l'intervento chirurgico che intende eseguire».

medico stesso, rispetto al resto del personale sanitario, sono addossate nonché all'onere della prova che, in relazione alle stesse, il medico assume prima di ogni altro addetto<sup>126</sup>.

#### 4. Le disposizioni anticipate di trattamento (cd. DAT): alcune riflessioni critiche.

L'art. 4 della legge n. 219/2017 introduce l'istituto detto "*Disposizioni anticipate di trattamento*" (DAT). Attraverso la predisposizione di tali disposizioni anticipate, un individuo può liberamente indicare i trattamenti sanitari che vuole ricevere e quelli cui intende rinunciare quando non sarà più in grado di prendere decisioni autonomamente.

Le dichiarazioni anticipate sono certamente un efficace strumento che rafforza l'autonomia individuale e il consenso informato nelle scelte mediche o terapeutiche<sup>127</sup>.

Tuttavia, non si possono non condividere quelle opinioni tese a metterne in risalto alcune criticità.

In particolare, una prima criticità già ravvisata da molti riguarda la loro possibile superfluità: il medico, infatti, poteva già orientarsi in materia facendo ricorso alla legge n. 38/2010 che detta regole al fine di lenire la sofferenza attraverso la terapia del dolore e la sedazione palliativa profonda. Del resto, senza una legge come quella in commento sarebbe stato comunque possibile esprimere disposizioni anticipate di trattamento avvalendosi dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, introdotto nel nostro ordinamento dalla l.n. 6/2004 e disciplinato dettagliatamente nel codice civile. L'amministratore di sostegno può essere, infatti, nominato dal giudice tutelare per la persona che, per effetto di un'infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trovi nell'impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi (art. 404 co 1 c.c.)<sup>128</sup>. Si tratta di un istituto

---

<sup>126</sup> Secondo infatti Cass., 13 ottobre 2017, n. 24074 in *www.studiocataldi.it*: «In tema di attività medico-chirurgica, la manifestazione del consenso informato alla prestazione sanitaria costituisce esercizio di un diritto soggettivo del paziente all'autodeterminazione, cui corrisponde, da parte del medico, l'obbligo di fornire indicazioni dettagliate sull'intervento da eseguire, con la conseguenza che, in caso di contestazione del paziente, grava sul medico l'onere di provare il corretto adempimento dell'obbligo informativo».

<sup>127</sup> Vale la pena di ricordare l'intervento del Comitato nazionale per la Bioetica (18 dicembre 2003), cit., con il quale si è affermato che le dichiarazioni anticipate di trattamento si iscrivono in un positivo processo di adeguamento della nostra concezione dell'atto medico ai principi di autonomia decisionale del paziente.

<sup>128</sup> Rispetto ai contigui istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, pure destinati alla cura e protezione di soggetti deboli, l'amministrazione di sostegno presenta il vantaggio di limitare nel modo minore possibile la capacità d'agire del beneficiario. Ai sensi dell'art. 409, c. 1 c.c., quest'ultimo, infatti, conserva la capacità

di protezione dei soggetti deboli, snello e agevole, che garantisce molti diritti e facoltà.

Prima dell'entrata in vigore della legge in commento, l'autodeterminazione del paziente era dunque già valorizzata dal legislatore, potendo ciascuno esprimere le proprie volontà redigendo davanti ad un avvocato o ad un notaio un biotestamento nel quale indicare quali cure accettare o rifiutare per il fine vita. Nel documento si sarebbe dovuto designare, per l'appunto, un amministratore di sostegno, ovvero un parente o un amico<sup>129</sup>. In casi d'urgenza, un Giudice avrebbe dovuto ratificare il documento: il potere giudiziale assicurava così un controllo preventivo sul contenuto delle dichiarazioni espresse le quali, quindi, non possedevano quel carattere aprioristico di vincolatività che, invece, conferisce loro l'attuale legge.

Sotto questo profilo, allora, la legge n. 219/2017, nella misura in cui abolisce ogni controllo giudiziale, preventivo o successivo in ordine al contenuto della volontà del paziente espressa nelle DAT, non è immune da gravi riserve e censure, tanto più che, come meglio si dirà, non è prevista nemmeno la possibilità per il medico di esprimere obiezione di coscienza rispetto alle scelte del paziente.

Un'altra grave pecca delle DAT concerne, come si è avuto modo di evidenziare, proprio il loro carattere vincolante, risultante non soltanto dalla terminologia adottata, ma soprattutto dal comma 5 dell'art. 4, l.n. 219/2017, ove è detto che il medico «è tenuto al loro rispetto», tranne «qualora sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di assicurare possibilità di miglioramento delle condizioni di vita».

Va preliminarmente evidenziato che la legge parla di *disposizioni* e non di *dichiarazioni*, come, in un primo momento, si era proposto nel corso dei lavori preparatori. A tal riguardo, va da sé che, mentre la dichiarazione indica un orientamento, la disposizione equivale ad un ordine. Questa dicotomia è cruciale per individuare il fine di una qualsiasi normativa che conferisca valore ad un atto anticipato di ciascun soggetto. Se l'atto deve essere interpretato – e così vuole la legge in commento – come una disposizione, esso è vincolante per il medico, anche se palesemente assurdo o dannoso. Inteso in questo modo, l'atto è, però, sì pura espressione dell'autodeterminazione soggettiva, ma completamente avulsa da

---

d'agire per tutti quegli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno.

<sup>129</sup> Di tal che discende altresì l'inutilità della previsione che consente la nomina di un fiduciario (art. 4, c. 1, l.n. 219/2017), nella misura in cui i compiti di rappresentanza nelle relazioni con il medico e le strutture sanitarie che la disposizione in commento attribuisce al fiduciario potevano già essere svolti dall'amministratore di sostegno.

una qualsiasi forma di controllo giuridicamente rilevante sul bene della persona.

La legge, dunque, contro la legislazione internazionale che non attribuisce alle dichiarazioni anticipate un carattere vincolante<sup>130</sup>, si schiera per la posizione radicale. Peraltro, in molte circostanze, e in numerose altre che soltanto l'esperienza sarà in grado compiutamente di rivelare, il medico si troverà legato a disposizioni date, magari anche anni ed anni prima, avventatamente o senza adeguata riflessione, in un momento nel quale non si presentava concretamente la situazione in cui il consenso o il dissenso devono, viceversa, avere effetto.

La legge si rivela così inaspettatamente contraria al principio, enunciato nell'art. 1, del consenso informato, se si considera che il consenso può essere veramente libero e informato soltanto quando, trovandosi il soggetto in una determinata occorrenza di malattia, gli vengano spiegate le proprie condizioni di salute e le diagnosi, le prognosi, i benefici e i rischi dei trattamenti sanitari, le possibili alternative e conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento e della rinuncia al medesimo. Pertanto, può dirsi che una disposizione effettuata anticipatamente, magari anni prima rispetto al momento in cui si pone la necessità del trattamento, non corrisponde veramente ad un consenso informato, bensì esclusivamente ad un desiderio. Da questo punto di vista, la legge va contestata per la sua sostanziale contraddittorietà, giacché, tramite la vincolatività delle DAT, travolge il principio del consenso informato che soltanto fittiziamente pare posto a fondamento dell'intera legge stessa. In particolare, questa norma, oltre a svilire intrinsecamente la professionalità del medico – che potrebbe diventare mero esecutore delle volontà o dei desideri del paziente<sup>131</sup> –, si pone in contrasto con la Convenzione di Oviedo che sancisce

---

<sup>130</sup> Statuisce, infatti, l'art. 9 della Convenzione di Oviedo: «*i desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione*».

<sup>131</sup> Sul punto, tuttavia, non si possono trascurare le argomentazioni del tutto contrarie di B. De Filippis, cit., p. 88 che afferma invece: «L'indicazione dell'importanza della relazione di cura e fiducia pone in luce altresì il ruolo del medico che non è un mero esecutore delle indicazioni del paziente, ma un co-protagonista della scena. I riferimenti alla libertà e all'autodeterminazione del paziente, contenuti nel comma precedente, non risultano sminuiti o negati, ma assumono una connotazione di maggiore equilibrio, nel momento in cui il ruolo del medico, al pari di quello del paziente, viene, sottolineandone l'importanza, delineato».

L'opinione qui espressa non si ritiene convincente nella misura in cui lo stesso Autore riconosce che resta il paziente il centro dell'impegno terapeutico e, da ultimo, l'arbitro finale delle decisioni, per cui il personale medico non può sostituirsi al paziente nella scelta del se somministrare o meno l'informazione sulle condizioni di salute per il bene del paziente stesso, né nella scelta del se iniziare o proseguire o meno una specifica terapia. Non c'è dubbio, allora, che la legge abbia, da questo punto di vista, notevolmente attenuato i doveri del medico e in generale del personale sanitario, sollevandoli dal peso di difficili scelte e, per di più, da ogni tipo di eventuale responsabilità.

il principio secondo il quale i desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che al momento dell'intervento non sia in grado di esprimere la propria volontà, saranno semplicemente «tenuti in considerazione» dal medico<sup>132</sup>. D'altra parte, lo stesso art. 4, c. 5, l.n. 210/2017, nel disporre la vincolatività delle DAT, si pone, in contrasto pure con l'art. 38 del Codice di deontologia medica laddove è previsto, per l'appunto, che il medico «tiene conto» delle dichiarazioni anticipate del paziente<sup>133</sup>. Come se non bastasse, anche il Comitato Nazionale per la Bioetica, già in un parere del 2003, aveva auspicato che un'eventuale legge in materia obbligasse il medico a prendere in considerazione le DAT, escludendone espressamente il carattere vincolante<sup>134</sup>. In ogni caso, gli aspetti di criticità della legge in questione non si limitano a quelli testé illustrati. Un altro non meno importante difetto consiste nella mancata previsione del diritto all'obiezione di coscienza da parte dei medici e del personale sanitario<sup>135</sup>.

### 5. La mancata previsione dell'obiezione di coscienza del personale medico-sanitario.

Come accennato, la legge n. 219/2017 non disciplina l'obiezione di coscienza del medico e del personale sanitario<sup>136</sup>.

---

<sup>132</sup> Il Comitato Nazionale di Bioetica, nell'autorevole parere reso in tema sopra citato, sottolineò che ogni persona ha diritto di esprimere i propri desideri in relazione alle terapie, anche in modo anticipato, ma questo esclude che tali dichiarazioni possano essere vincolanti per il medico, soprattutto quando siano in contrasto con il diritto positivo, con le norme di buona pratica clinica, con la deontologia medica o quando pretendano di imporre attivamente al medico pratiche per lui inaccettabili in scienza e coscienza: inoltre, il paziente in tali dichiarazioni non può essere legittimato a chiedere e ad ottenere trattamenti eutanasi.

<sup>133</sup> *All'art. 38 del Codice di deontologia medica è testualmente previsto che: «Il medico tiene conto delle Dichiarazioni Anticipate di Trattamento espresse in forma scritta, sottoscritta e datata da parte di persona capace e successive a un'informazione medica di cui resta traccia documentale. La Dichiarazione Anticipata di Trattamento comprova la libertà e la consapevolezza della scelta sulle procedure diagnostiche e/o sugli interventi terapeutici che si desidera o non si desidera vengano attuati in condizioni di totale o grave compromissione delle facoltà cognitive o valutative che impediscono l'espressione di volontà attuali».*

<sup>134</sup> Il riferimento è all'intervento del Comitato nazionale per la Bioetica (18 dicembre 2003).

<sup>135</sup> A differenza di quanto previsto dalla legge sull'aborto (art. 9, l.n. 194/1978).

<sup>136</sup> La lacuna desta preoccupazioni in sé, e per quanto affermato nei lavori preparatori, fra gli altri, dalla relatrice del provvedimento al Senato, la presidentessa della Commissione Igiene e Sanità Emilia De Biasi, che nella seduta del 12 giugno 2017 aveva detto testualmente: «Il tema dell'obiezione di coscienza della struttura noi lo abbiamo già affrontato nella prima audizione che abbiamo fatto. In particolare, parliamo naturalmente della sanità convenzionata [...]. E quelle di carattere religioso è evidente che hanno un problema, che è un problema che riguarda però il Concordato. E quindi non è evidentemente la sede legislativa la sede adeguata per poter discutere di questo argomento. Nel senso che ci sono accordi precisi fra Stati e quindi evidentemente ci si richiamerà in eventuali ricorsi alla Corte costituzionale per sciogliere questo nodo». Aggiungendo che nell'ipotesi di conflitti la soluzione sarebbe stata togliere le convenzioni agli enti

L'obiezione di coscienza è un diritto fondamentale della persona umana, tutelato dalla Costituzione (artt. 2, 19 e 21), dalla Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo<sup>137</sup> e dalle Convenzioni internazionali sui diritti umani<sup>138</sup>. A sua volta, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, all'art. 9, riconosce «ad ogni persona» il diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione<sup>139</sup>.

Se è vero che l'obiezione di coscienza è garantita come vero e proprio diritto fondamentale

---

ospedalieri d'ispirazione cattolica (cfr. sito Internet del Senato [http://webtv.senato.it/4621?video\\_evento=3768](http://webtv.senato.it/4621?video_evento=3768), a partire dal minuto 35).

In sede di approvazione parlamentare, l'onorevole Beatrice Lorenzin ha riconosciuto l'esistenza del problema, al punto che ha annunciato un incontro con i rappresentanti degli istituti sanitari religiosi al fine di individuare un equilibrio fra le nuove norme e la tutela delle intime posizioni di coscienza dei medici e del personale sanitario. Tuttavia, nella versione definitiva, il testo della legge n. 219/2017 non si preoccupa di contemplare il diritto di obiezione di coscienza dei medici e del personale sanitario.

<sup>137</sup> La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo nel preambolo proclama: «*tutti gli esseri umani nascono liberi ed uguali in dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione e di coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza*». All'art. 18 la Dichiarazione precisa, inoltre, che «*ogni individuo ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione*».

<sup>138</sup> La prima norma nell'ordinamento italiano a disciplinare l'obiezione di coscienza è stata la legge 15 dicembre 1972 n. 772 (la cosiddetta Legge Marcora dal nome del suo relatore) seguita dal relativo regolamento di attuazione di cui al D.P.R. 28 novembre 1977 n. 1139, recante «Norme di attuazione della legge 15 dicembre 1972, n. 772, sul riconoscimento dell'obiezione di coscienza». L'obiezione di coscienza per i professionisti sanitari è prevista per l'interruzione volontaria di gravidanza introdotta in Italia dalla legge 22 maggio 1978 n. 194 dall'art. 9.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 467 del 1991, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), è intervenuta sull'obiezione di coscienza in relazione al servizio militare (in quel momento obbligatorio) nei termini seguenti: «*A livello dei valori costituzionali, la protezione della coscienza individuale si ricava dalla tutela delle libertà fondamentali e dei diritti inviolabili riconosciuti e garantiti all'uomo come singolo, ai sensi dell'art. 2 della Costituzione, dal momento che non può darsi una piena ed effettiva garanzia di questi ultimi senza che sia stabilita una correlativa protezione costituzionale di quella relazione intima e privilegiata dell'uomo con se stesso che di quelli costituisce la base spirituale-culturale e il fondamento di valore etico-giuridico. In altri termini, poiché la coscienza individuale ha rilievo costituzionale quale principio creativo che rende possibile la realtà delle libertà fondamentali dell'uomo e quale regno delle virtualità di espressione dei diritti inviolabili del singolo nella vita di relazione, essa gode di una protezione costituzionale commisurata alla necessità che quelle libertà e quei diritti non risultino irragionevolmente compressi nelle loro possibilità di manifestazione e di svolgimento a causa di preclusioni o di impedimenti ingiustificatamente posti alle potenzialità di determinazione della coscienza medesima. Di qui deriva che – quando sia ragionevolmente necessaria rispetto al fine della garanzia del nucleo essenziale di uno o più diritti inviolabili dell'uomo, quale, ad esempio, la libertà di manifestazione dei propri convincimenti morali o filosofici (art. 21 della Costituzione) o della propria fede religiosa (art. 19 della Costituzione) – la sfera intima della coscienza individuale deve essere considerata come il riflesso giuridico più profondo dell'idea universale della dignità della persona umana che circonda quei diritti, riflesso giuridico che, nelle sue determinazioni conformi a quell'idea essenziale, esige una tutela equivalente a quella accordata ai menzionati diritti, vale a dire una tutela proporzionata alla priorità assoluta e al carattere fondante ad essi riconosciuti nella scala dei valori espressa dalla Costituzione italiana*».

<sup>139</sup> La Corte Europea dei diritti dell'Uomo nel caso *Ercep c. Turchia* (decisione del 22/11/2011) in [www.eurllex.europa.it](http://www.eurllex.europa.it), ha affermato a tal proposito che «*ciò che è protetto dall'Articolo 9 della Convenzione, la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, è uno dei fondamenti di una società democratica ai sensi della Convenzione. Si tratta, nella sua dimensione religiosa, di uno degli elementi più essenziali per l'identità dei credenti e per la loro concezione della vita, ma è anche un bene prezioso per gli atei, gli agnostici, gli scettici e gli indifferenti. Si tratta del pluralismo, conquistato a caro prezzo nel corso dei secoli e da cui dipende il tipo di società*».

dalle fonti nazionali e sovranazionali, la sua mancata previsione nella legge in commento ne renderà, senza dubbio, assai complicato e rischioso l'esercizio, alimentando la possibilità di contenziosi: l'ultima parola sarà così affidata alle mutevoli decisioni dei singoli giudici, i quali, a loro volta, potrebbero saggiamente decidere di rivolgersi alla Corte Costituzionale, segnalando la parziale incostituzionalità della legge, limitatamente alla parte in cui non prevede l'esercizio del suddetto diritto<sup>140</sup>.

Ebbene, se è vero che l'obiezione di coscienza trova il suo fondamento costituzionale negli articoli 2, 19 e 21 Cost., ben si può sostenere che l'operatività di tali articoli non si fermi in assenza di una esplicita previsione del legislatore. Al tempo stesso, però, poiché manca la regolamentazione nel dettaglio del concreto esercizio di questo diritto, gravissimi problemi potrebbero verificarsi nel momento in cui l'obiezione sarà sollevata tra le corsie di un ospedale.

Alla luce del quadro costituzionale e convenzionale sopra tracciato, si può però provare a valorizzare quanto previsto dalla legge sulle DAT in un periodo, aggiunto dalla Camera dei Deputati all'art. 1, comma 6: «Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali». Dall'esame dei lavori preparatori emerge che tale inserimento fosse finalizzato proprio al riconoscimento dell'esercizio del diritto di obiezione di coscienza. La previsione ora ricordata è tuttavia ambigua, essendo oltretutto preceduta dall'affermazione che «il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario». Ciononostante essa, ove interpretata alla luce del dato costituzionale e convenzionale sopra citato, può costituire un ulteriore argomento per invocare l'obiezione di coscienza dei medici.

Al tempo stesso, poiché l'art. 1, c. 6 della legge in esame fa espresso riferimento ai medici e non anche agli infermieri e in generale al resto del personale sanitario, questi ultimi rischiano di essere coinvolti obbligatoriamente nelle pratiche che determineranno la morte dei pazienti, senza, a ben vedere, poter invocare l'obiezione di coscienza.

Secondo contrario avviso, la previsione dell'obiezione di coscienza, non espressamente contenuta, come detto, nel testo di legge in commento, non potrebbe desumersi, in questi

---

<sup>140</sup>E' evidente che la legge, nella parte in cui non prevede l'obiezione di coscienza, viola segnatamente l'art. 7 della Costituzione che dà copertura, nel nostro ordinamento, al diritto di obiezione di coscienza.

casi, in via interpretativa, in base ai principi generali, in quanto con la legge n. 219/2017 non si prospetterebbe la possibilità che il medico sia chiamato a compiere atti che contrastino con la sua coscienza, tali da dover postulare la necessità di un'astensione dagli stessi<sup>141</sup>. In altri termini, poiché la legge in esame non permetterebbe comunque al medico di compiere atti intrinsecamente eutanasi, non si prospetta la necessità di assicurargli la possibilità di esercitare il diritto di obiezione di coscienza.

L'adesione all'una o all'altra delle tesi in gioco dipende, evidentemente, dal valore riconosciuto agli atti che permettono l'interruzione del trattamento sanitario su consenso del paziente: se detti atti vengono considerati come interruttivi del diritto alla vita e quindi come espressione riflessa dell'esercizio di un nuovo diritto di lasciarsi morire, allora, dovrebbe essere correttamente assicurata al medico la possibilità di esercitare l'obiezione di coscienza, come già si prevede, d'altronde, in materia d'interruzione volontaria della gravidanza (art. 9, l.n. 194/1978). In caso contrario, ove, invece, si escluda in radice che gli atti richiesti dal paziente al medico possano avere un contenuto eutanasi, il riconoscimento dell'obiezione di coscienza risulterebbe una mera superfetazione, tale, però, da non escludere, quantomeno in astratto, la vigenza di tale diritto, sulla base dei principi generali che lo regolano.

## 6. Conclusioni.

La legge in commento è da apprezzare nella misura in cui ha finalmente colmato il perdurante silenzio legislativo sui temi connessi al *fine vita*.

In passato, nel vuoto normativo gli operatori giuridici e, specialmente la Magistratura, erano costretti a farsi carico di individuare soluzioni per singoli casi concreti che tracciassero la strada per la decisione di situazioni analoghe, con la conseguenza, tuttavia, di decisioni limitate al singolo caso e, in ogni caso, spesso profondamente ingiuste o discriminatorie se rapportate a casi simili.

Va, altresì, messa in risalto la buona qualità della medesima legge sul piano lessicale: si è adottato un linguaggio comprensibile a medici e pazienti e appaiono appropriate talune prese di posizione terminologiche e ideologiche, come quella che ha indotto a fare riferimento, all'articolo 4, a *disposizioni* e non a semplici *dichiarazioni* anticipate di

---

<sup>141</sup>Così B. De Filippis, *Biotestamento e fine vita*, cit., p. 100.

trattamento, muovendo dunque dal presupposto che le DAT non abbiano carattere meramente orientativo, ma debbano essere pienamente rispettate.

Traspare in termini generali la condivisione del ruolo cruciale del consenso informato, fondato su un'interpretazione dell'art. 32, co. 2 Cost., che, in rapporto anche all'art. 13 Cost., riconosce la massima ampiezza possibile all'autodeterminazione terapeutica, estesa sino alla libertà del paziente di lasciarsi morire attuata attraverso il consapevole rifiuto di farsi curare.

Si tratta di una conferma che ha anche il merito di sgombrare il campo da possibili fraintendimenti: nessuna apertura ad un inesistente diritto di morire, quanto la formalizzazione di un diritto di rifiutare tutte le cure (anche vitali), in ossequio al principio secondo cui si può essere sottoposti ad una determinata terapia (operando una scelta sull'*an* ma anche sul *quomodo* della stessa) solo in presenza di un consenso informato<sup>142</sup>.

Tuttavia, come detto, la medesima legge, se da una parte sancisce finalmente i principi del consenso informato e dell'autodeterminazione del paziente, dall'altra non riconosce come inviolabile il diritto alla vita umana<sup>143</sup>, sancendone, anzi, l'espressa disponibilità. Valorizzando questo dato, si potrebbe sostenere che la medicina sia stata, ormai, orientata non al bene del paziente ma al rispetto assoluto della volontà del paziente, con il grave inconveniente che tale volontà sia stata espressa, magari anni prima, e in contesti diversi e, cosa più importante, senza assicurare alcun controllo giudiziale, preventivo o successivo, sul contenuto di questa volontà<sup>144</sup>.

---

<sup>142</sup> Così C. Cupelli, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it).

<sup>143</sup> Diversamente da quanto previsto nel testo sul *fine vita* approvato nella XVI Legislatura dalla Camera dei Deputati il 12 luglio 2011, del quale è poi mancata l'approvazione definitiva da parte del Senato.

<sup>144</sup> E' appena il caso di ricordare che, fino a questo espresso intervento normativo, la nostra tradizione giuridica portava ad affermare il principio di indisponibilità del bene vita la quale veniva protetto anche contro la volontà del suo titolare, in quanto riflesso della sua indisponibilità. Tale principio trovava esplicita conferma, da un lato, nella inapplicabilità ai fatti lesivi del bene vita dell'art. 50 c.p., se non entro i limiti del consenso validamente prestato, quando sia possibile, e, dall'altro, nelle norme che puniscono l'omicidio del consenziente e l'aiuto al suicidio (artt. 579 e 580 c.p.). Dunque, di regola, non si consentiva mai al soggetto di disporre della propria vita, neanche nei casi in cui la sua prosecuzione, a causa di patologie particolarmente gravi e di malattie e stati invalidanti, risultasse non più dignitosa. Oramai da tempo, infatti, la giurisprudenza, sia nazionale (per es. caso Welby, caso Englaro) sia sovranazionale, già riconosceva il diritto di autodeterminarsi quantomeno rispetto al trattamento medico-sanitario mediante il principio del cd. consenso informato. Pertanto, il riconoscimento del diritto di autodeterminazione rispetto al trattamento medico che si ritiene si possa ricavare dal principio personalistico ex art. 2 Cost., nonché nell'art. 32 Cost. (non obbligatorietà dei trattamenti sanitari che possono essere imposti solo in casi tipici) ha senza dubbio attenuato il principio d'indisponibilità del bene vita e quindi indirettamente posto le basi per il pieno riconoscimento, ad opera della nuova legge sul biotestamento, di un vero e proprio diritto di lasciarsi morire. Del resto, tale

Come già accennato, la legge sul biotestamento potrebbe rivelarsi, in definitiva, inaspettatamente superflua, nella misura in cui, già prima di essa, l'istituto civilistico dell'amministrazione di sostegno ben poteva prestarsi ad essere impiegato per ottenere i risultati invocati con l'espressa legge in commento<sup>145</sup>. Pertanto, più che confezionare

---

diritto ormai ha trovato riconoscimento anche dalle fonti sovranazionali come la Convenzione di Oviedo e la CEDU.

<sup>145</sup> In merito, del resto, anche C. Casonato, *Le direttive anticipate di trattamento: un fenomeno paradigmatico dei problemi del biodiritto*, in F. Lucrezi e F. Mancuso (a cura di), *Diritto e vita: biodiritto, bioetica, biopolitica*, Catanzaro, 2010, p. 10, affermava che «lo stato dell'arte in materia presenti un spazio ordinamentale scomposto e non compiuto, ma certamente non del tutto vuoto». A conferma di ciò, è intervenuta la Corte costituzionale (ord. n. 334 dell'8 ottobre 2008 in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)) che ha dichiarato inammissibile il ricorso per conflitto di attribuzioni sollevato da Camera e Senato nei confronti della sentenza n. 21748/2007 della Cassazione che avrebbe – a loro avviso – «creato una disciplina innovativa della fattispecie, fondata su presupposti non ricavabili dall'ordinamento vigente con alcuno dei criteri ermeneutici utilizzabili dall'autorità giudiziaria» colmando così un vuoto normativo attraverso una «vera e propria attività di produzione normativa». L'ordinanza della Consulta, al riguardo, replica come la Cassazione abbia adottato provvedimenti «aventi tutte le caratteristiche di atti giurisdizionali» giungendo ad una soluzione sulla base dell'interpretazione di «materiale normativo rilevante». In secondo luogo, sono chiariti i presupposti per rendere operative le direttive anticipate di trattamento: il principio di parziale e condizionata disponibilità del bene vita, la possibilità di ricostruire in base ad elementi probatori chiari e univoci la volontà della persona incapace, il ruolo del curatore speciale, del tutore e dell'amministratore di sostegno, la configurabilità di nutrizione e idratazione artificiali quali trattamenti propriamente sanitari e rifiutabili. In stretto riferimento alla disciplina delle volontà anticipate, in terzo luogo, appare evidente la presenza di un obbligo deontologico in capo al medico di tener conto di quanto precedentemente manifestato dalla persona incapace in modo certo e documentato; obbligo cui è possibile collegare il dovere di motivare in cartella clinica l'eventuale scostamento dalle direttive fornite in via anticipata. In quarto luogo, va confermata l'efficacia della figura dell'amministratore di sostegno appositamente nominato nel rappresentare le volontà del soggetto divenuto incapace anche in termini di rifiuto di trattamenti di sostegno vitale. In quinto luogo, si è gradualmente definito un principio giurisprudenziale per cui, anche in assenza della redazione di un documento specifico, ma solo in caso di accertato stato vegetativo irreversibile, la volontà in materia di trattamenti di sostegno vitale può essere rappresentata e va concretamente rispettata sulla base di elementi di prova chiari, concordanti e convincenti tratti dalla personalità, dallo stile di vita e dai convincimenti della persona incapace, tali da permettere la ricostruzione dell'idea di dignità in cui la stessa credeva.

Nello stesso ordine d'idee anche S. Rossi, *I chiaroscuri della legge sul biotestamento*, su [www.lacostituzione.info](http://www.lacostituzione.info), 22 aprile, 2017. Sul punto, ancora, C. Casonato, *Le direttive anticipate di trattamento: un fenomeno paradigmatico dei problemi del biodiritto*, cit., p. 11 già alcuni anni fa affermava che «alcuni elementi, al contrario, conducono a non considerare necessario l'intervento legislativo, e a non poterlo in ogni caso considerare davvero dirimente e risolutivo. Si pensi, al riguardo, a come molti degli Stati degli Stati Uniti abbiano da anni legiferato in materia di *advance directives*, ma come concretamente solo una esigua minoranza della popolazione (15-20%) abbia redatto un *living will*. E in Francia, a fronte di due leggi intervenute (anche) in materia, la soluzione concreta dei casi critici di fine-vita non pare risentire delle novità normative, continuando a fondarsi su un'ampia discrezionalità del medico. Oltre a ciò, può considerarsi in via più generale come difficilmente una legge in materia possa intervenire a disciplinare in maniera definitiva e nei dettagli materie così difficili come quelle qui trattate, all'interno delle quali un singolo aspetto specifico può fare la differenza. In questi termini, il biodiritto pare dimensione normativa la cui efficacia dipende da una serie di variabili non sempre prevedibili e – soprattutto – generalizzabili: una fitta trama di “se e ma” che condizionano l'applicabilità e la percezione della bontà della soluzione normativa. Così, ad esempio, anche nelle materie in cui esiste una disciplina chiara e specifica – si pensi al divieto di assistenza al suicidio o di omicidio del consenziente – il panorama di diritto comparato offre ormai con una certa frequenza casi in cui la norma codicistica è stata ritenuta eccessivamente rigida, sproporzionata, e quindi disapplicata in favore di una soluzione di natura equitativa ritenuta, talvolta perfino dalla pubblica accusa, più corrispondente al senso di giustizia sostanziale».

un'apposita legge *ad hoc*, che difficilmente risulta in grado di prevedere tutti i singoli specifici casi che possono verificarsi nella realtà di tutti i giorni, sarebbe stato opportuno che il legislatore si fosse limitato a tracciare le linee orientative ed i principi in base ai quali ulteriori fonti normative o altri organi potranno adottare, modulandola in riferimento alle specificità del caso concreto, la soluzione più adatta per la singola fattispecie. Rispetto a prima, essa sembra, per di più, risultare meno efficace, nella misura in cui nemmeno indebolisce, ma abolisce del tutto il controllo preventivo giudiziale sul contenuto delle dichiarazioni espresse le quali, così, non possedevano quel carattere aprioristico di vincolatività che, invece, conferisce loro la legge in commento.

Sotto questo profilo, allora, la legge, come ampiamente illustrato, non è immune da gravi riserve e censure rispetto al catalogo di valori assiologici accolti dalla nostra Carta Costituzionale.

Del resto, nemmeno si può tralasciare di considerare che nel presente contributo sono stati presi in esame solo alcuni articoli della legge 219/2019. Interessante sarebbe, altresì, commentare le scelte legislative in ordine soprattutto all'area di responsabilità, civile, penale e deontologica, che residua in capo al personale sanitario in seguito all'approvazione di questa nuova legge. Nemmeno si è potuta evidenziare la pregevolezza o, al contrario, la superfluità delle scelte in ordine alle DAT di minori, interdetti e incapaci.

In conclusione, la nuova legge è destinata a porsi quale imprescindibile punto di (ri)partenza nel percorso intrapreso e ormai non più reversibile diretto a rendere effettiva, nelle sue declinazioni pratiche, la libertà di autodeterminazione terapeutica di ciascuno nelle scelte di fine vita.

**Abstract:** Il presente contributo analizza alcuni articoli della nuova legge sul biotestamento (l. n. 219/2017), al crocevia dei rapporti tra diritto alla salute, consenso informato e libertà di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche, offrendo agli interpreti significativi spunti di riflessione, anche nella dimensione penalistica, e coinvolgendo molteplici valori contenuti sia nella Costituzione, sia in fonti sovranazionali, quali, in particolare, la Convenzione di Oviedo e la Carta di Nizza.

Vengono qui presi in considerazione soltanto alcuni articoli della nuova legge che, quale risultato fortemente voluto dalle associazioni di categoria, all'art. 4, permette ad ogni cittadino capace di agire di redigere delle dichiarazioni anticipate di trattamento (c.d. DAT)

per il caso in cui, in futuro, non dovesse trovarsi in grado di esprimere le proprie volontà in ordine ai trattamenti sanitari cui sottoporsi o meno.

Come si cercherà di dimostrare, le dichiarazioni anticipate di trattamento sono senza dubbio un valido ed efficace strumento che rafforza l'autonomia individuale e il consenso informato della persona nelle scelte mediche. Tuttavia, è anche vero che la legge in questione non è immune da censure e critiche se posta in raffronto con alcuni principi e valori fondamentali della nostra Carta costituzionale.

In particolare, non va sottaciuto che, se la legge è da apprezzare certamente nella misura in cui introduce, per la prima volta, una espressa definizione di consenso informato (art. 3), al tempo stesso, diversamente da quanto era previsto in passato, abolisce qualsiasi forma di controllo giudiziale, preventivo o successivo, sul contenuto delle DAT. Nemmeno va tralasciato che, in disparte la questione del se la legge asseconi o meno scelte eutanasiche, non viene prevista la possibilità per il medico e, in generale, il personale sanitario di esercitare il diritto di obiezione di coscienza, riconosciuto finanche da fonti sovranazionali. La legge in questione, dunque, è destinata a porsi quale imprescindibile punto di (ri)partenza nel percorso intrapreso e ormai non più reversibile diretto a rendere effettiva, nelle sue declinazioni pratiche, la libertà di autodeterminazione terapeutica di ciascuno nelle scelte di fine vita.

**Abstract:** This paper analyzes some articles of the new law on biotestation (l. n 219/2017), at the crossroads of the relationship between the right to health, informed consent and freedom of self-determination in therapeutic choices, offering interpreters significant food for thought, even in the penal dimension, and involving multiple values contained both in the Constitution and in supranational sources, such as, in particular, the Oviedo Convention and the Charter of Nice.

Here only some articles of the new law are taken into consideration which, as a result strongly desired by the trade associations, in art. 4, allows any citizen capable of acting to draw up early declarations of treatment (so-called DAT) for the case in which, in the future, should not be able to express their wishes in relation to health treatments to be submitted or not.

As we will try to demonstrate, advance declarations of treatment are undoubtedly a valid and effective tool that strengthens individual autonomy and informed consent of the person

in medical choices. However, it is also true that the law in question is not free from criticism and criticism if compared with some fundamental principles and values of our Constitution. In particular, it should not be ignored that, if the law is to be appreciated, to the extent that it introduces, for the first time, an explicit definition of informed consent (Article 3), at the same time, unlike what was previously envisaged, abolishes any form of judicial, preventive or subsequent control over the content of the DAT. Nor should it be left out that, on the sidelines, the question of whether the law is second or not euthanical choices, the possibility for the doctor and, in general, the medical staff to exercise the right to conscientious objection, recognized even by supranational sources, is not provided.

The law in question, therefore, is destined to act as an unavoidable point of (re) departure in the path undertaken and now no longer reversible, aimed at making effective, in its practical declinations, the freedom of therapeutic self-determination of everyone in the choices of end of life.

**Parole chiave:** fine vita – testamento biologico – biotestamento.

**Key words:** end of live – biological testament – living will.

## LEGGE N. 40/2004: L'EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE SULLA NORMATIVA IN MATERIA DI PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA\*.

di Alessandra Cautela\*\*

**Sommario.** 1. Premessa: oggetto d'indagine. 2. Gli interventi della Corte costituzionale: la pronuncia n. 151/2009. 3. L'eliminazione del divieto di fecondazione assistita eterologa: la sentenza n. 162/2014. 4. Il divieto di diagnosi genetica preimpianto: la pronuncia n. 96/2015. 5. La persistenza del divieto di donazione alla ricerca scientifica degli embrioni cd *soprannumerari*: la recente sentenza n. 84/2016. 6. Considerazioni conclusive.

106

### 1. Premessa: oggetto d'indagine.

Il 19 febbraio 2004 con l'emanazione della legge n. 40 recante "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita" è stata regolamentata, nell'ordinamento giuridico italiano, la complessa materia della P.M.A., ossia dell'insieme di tecniche create dalla scienza volte ad ovviare ai problemi di sterilità ed infertilità delle coppie, consentendo la riproduzione umana, attraverso un intervento *artificiale* sulla donna, al fine di determinare la gravidanza.

Tale legge ha rappresentato una delle normative più controverse e dibattute dell'ultimo decennio, come emerso dal lungo e faticoso *iter* attraverso il quale si è giunti alla sua definitiva approvazione, caratterizzato dal dibattito, se non proprio scontro, tra posizioni diverse e diversamente articolate al loro interno<sup>146</sup>, nonché dalle successive pronunce della Corte Costituzionale, che ha letteralmente "riscritto con l'inchiostro della Costituzione la legge n. 40/2004"<sup>147</sup>.

Appare evidente, infatti, che una legge in materia di procreazione medicalmente assistita vada a toccare temi nevralgici, che coinvolgono prima ancora che il diritto, la medicina, la

---

\* *Sottoposto a referaggio.*

\*\* Dottoressa Magistrale in Giurisprudenza, Università di Napoli Federico II – Avvocato.

<sup>146</sup> M. Abagnale, *La procreazione medicalmente assistita nella metamorfosi della legge 40/2004*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2015, p. 2 ss.

<sup>147</sup> A. Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), n. 3/2015, p. 1 ss.

bioetica, la religione e la politica, il rapporto tra il progresso scientifico e la sua regolamentazione giuridica, il tema della laicità dello Stato e del pluralismo etico ideologico, nonché della tutela penale e dei diritti e libertà fondamentali<sup>148</sup>.

L'impegno del legislatore italiano si è cristallizzato nei 18 articoli della legge 40, (integrata successivamente da una serie di atti non legislativi, linee guida e decreti ministeriali), dalla cui lettura è emerso con chiarezza come quest'ultimo, anziché procedere ad un ragionevole bilanciamento degli interessi di tutti i soggetti coinvolti, come sarebbe stato opportuno per una legge inerente questioni eticamente sensibili, abbia operato una scelta apodittica, di natura ideologica, fortemente influenzata dai condizionamenti provenienti dal mondo cattolico, tanto da indurre dottrina autorevole ad etichettare tale normativa come una *legge cattiva*, di natura confessionale, addirittura di stampo "medievale"<sup>149</sup>.

La legge 40, infatti, superando (o, meglio, ignorando) il complesso dibattito bioetico – tuttora vivo – sullo statuto ontologico, e, quindi, pregiuridico dell'embrione, ha individuato arbitrariamente nel concepimento il momento di inizio della vita umana, assicurando una prevalenza incondizionata al diritto alla vita dell'embrione, destinatario di una tutela rigida e non altrimenti bilanciabile, prevedendo una serie di divieti e limiti che ne hanno subito evidenziato la vocazione di normativa posta non a favore, ma contro la P.M.A.<sup>150</sup>.

In effetti, il compito che il legislatore doveva assolvere era oggettivamente grave ed arduo; infatti, come ogni legge chiamata a disciplinare questioni eticamente sensibili, anche quella sulla P.M.A. coinvolge delicatissime questioni in tema di libertà e diritti fondamentali della persona, quali il diritto alla vita, il diritto alla salute della donna e della collettività, l'autonomia e la libertà delle coppie di realizzare se stesse attraverso una procreazione cosciente e responsabile<sup>151</sup>, il diritto alla ricerca scientifica, l'autonomia del medico nelle

<sup>148</sup> A. Manna, *La tutela penale della vita in fieri tra funzione promozionale e protezione dei beni giuridici*, in *Legisl. Pen.* 2005, p. 346.

<sup>149</sup> R. Bartolini, *La procreazione assistita è legge*, in *Guida al diritto*, 2004, p. 14. Sul punto anche E. Dolcini, *Responsabilità del medico e reati in materia di procreazione assistita* in *www.statoechiese.it Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2008, p. 49.

<sup>150</sup> P. Sanfilippo, *Dal 2004 al 2014: lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, p. 377 ss.

<sup>151</sup> Sulla configurabilità nel nostro ordinamento di un diritto a procreare, autorevole dottrina si è espressa in senso favorevole, ritenendo che tale diritto, oltre ad essere riconosciuto a livello internazionale, sia desumibile anche da principi espressi nella nostra Carta costituzionale; in particolare, secondo alcuni Autori, il diritto a procreare sarebbe riconducibile *in primis* all'art 2 Cost., nonché agli artt. 29, 30 31 Cost. In tema, si veda C. Forder, *La procreazione assistita nel quadro dei diritti dell'uomo*, in *Pol. del dir.*, 1999, p. 31 ss; nonché G. Baldini, *Le nuove frontiere del diritto a procreare: jus generandi e fecondazione artificiale tra libertà e limiti*, in G. Baldini e G. Cassano (a cura di), *Persona, biotecnologie e procreazione*, 2002, p. 8 ss. In senso favorevole a tale orientamento dottrinale si è posta parte della giurisprudenza di merito (ord. 9

scelte terapeutiche e altri ancora<sup>152</sup>, i quali, nel loro complesso, necessitano (o meglio, avrebbero necessitato) di un bilanciamento in grado di assicurare, ad ognuno di essi, un livello minimo di tutela legislativa<sup>153</sup>.

Tuttavia, il Parlamento, anziché delineare una normativa flessibile, razionale, frutto di una mediazione tra le varie posizioni in campo, che aiutasse i consociati nell'adozione di scelte inerenti la vita privata e familiare, ha aderito a precise opzioni etiche e morali, finendo, nei fatti, per scegliere in luogo dei cittadini<sup>154</sup> e per vincolarli ad assunti alquanto discutibili, vanificando di fatto il principio di laicità dello Stato e del pluralismo di valori.

La legge 40, sulla base di scelte ideologiche di fondo, volte a tutelare prioritariamente la vita *in fieri*, ha introdotto una disciplina che, più che bilanciare i differenti diritti e i valori in gioco, li ha gerarchizzati, in totale dispregio ai principi fondamentali dello Stato di diritto, quali la garanzia del pluralismo ideologico e la neutralità assiologica del diritto<sup>155</sup>; in nome della tutela della vita dell'embrione, ha considerato come *recessivi* gli ulteriori interessi costituzionalmente rilevanti potenzialmente in conflitto in materia di fecondazione assistita, delineando una normativa tutta imperniata sull'esaltazione della naturalità della procreazione, inadeguata ad adattarsi alle esigenze della realtà sociale e a perseguire quelle stesse finalità per le quali risultava essere stata emanata<sup>156</sup>. Ed, infatti, la

---

maggio 2000 del Tribunale di Bologna, il quale ha sostenuto che «il diritto a procreare deve essere considerato un diritto fondamentale, espressione della libertà ed autonomia della persona, costituzionalmente garantito come può desumersi dal combinato disposto degli artt. 2, 29, 30 31 Cost.» oppure l'ord. del 17 febbraio 2000 del Tribunale di Roma, il quale ha definito la procreazione «anche come diritto fondamentale della persona a dare la vita e trasmettere il proprio patrimonio genetico ad un altro essere umano»).

<sup>152</sup> P. Veronesi, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita alla prova dei giudici e della Corte Costituzionale*, in *Quad. Cost.*, 2004, p. 540 ss.

<sup>153</sup> L. Varrone, *I correttivi alla legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita ad opera della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*, n. 12/2015, p. 3.

<sup>154</sup> A. Sessa, *Dalla bioetica al diritto: irrazionalità e simbolismo di un provvedimento legislativo emergenziale in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Ind. Pen.*, 2004, p. 914.

<sup>155</sup> A. Manna, *La tutela penale della vita in fieri tra funzione promozionale e protezione dei beni giuridici*, cit., p. 346.

<sup>156</sup> Eppure, ai fini dell'effettuazione di un corretto bilanciamento degli interessi in gioco in materia di P.M.A., il legislatore del 2004 avrebbe potuto avvalersi, come modello di riferimento, della composizione degli interessi effettuata con la l. 194/1978 in materia di interruzione volontaria di gravidanza, la quale, lungi dal riconoscere un diritto all'aborto, ha sancito la facoltà della donna di poter interrompere volontariamente la gravidanza, in presenza di determinate condizioni, contemperando il diritto alla vita del nascituro con quello della tutela della salute psicofisica della futura madre; sul punto Cfr. A. Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, cit., p. 5 ss. Sull'eventuale conflitto tra il diritto alla vita del concepito e alla tutela della salute della donna, poi, la Corte costituzionale si era già espressa con la storica sentenza n. 27/1975, pronunciata anteriormente alla promulgazione della l. 194/1978. In tale pronuncia la Consulta aveva rilevato come non esistesse «equivalenza tra il diritto non solo alla vita, ma anche alla salute propria di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare» e che «l'interesse costituzionalmente protetto relativo al concepito può venire in collisione con altri beni che godano pur essi di tutela costituzionale, e che di conseguenza la legge

legge 40, già all'indomani della sua entrata in vigore, ha continuato a suscitare un ampio dibattito<sup>157</sup>, evidenziando molteplici profili di incompatibilità con la Carta costituzionale su punti cruciali<sup>158</sup>.

Nonostante l'art. 1 della legge assicuri in astratto la tutela dei «diritti di tutti i soggetti coinvolti», volendo «favorire la soluzione dei problemi procreativi derivanti dalla sterilità e infertilità umana», l'impostazione restrittiva della normativa, nonché la contraddittorietà rispetto alla sua stessa *ratio*, è emersa subito con evidenza dalla lettura dei commi e degli articoli successivi. *In primis*, già il comma 2 dell'art. 1, ha posto l'attenzione su un aspetto particolare, qualificando la fecondazione artificiale come l'ultima soluzione riproduttiva, praticabile «qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità» e, per la precisione, «solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive alla procreazione» (art. 4, comma 1)<sup>159</sup>.

Il legislatore, quindi, tra le varie e possibili terapie contro la sterilità e/o l'infertilità ha determinato le priorità d'intervento secondo un criterio di gradualità, partendo dalle soluzioni più semplici a quelle più complesse, da quelle meno alle più invasive ed onerose, prevedendo solo come *extrema ratio* il ricorso alla pratica effettivamente più efficace ai fini della procreazione<sup>160</sup>. Tale ordine è frutto di una chiara scelta ideologica, di matrice confessionale, effettuata a priori dal legislatore nel dettare la disciplina in materia di PMA, volta a conferire valore primario all'atto della procreazione naturale, con conseguente contrarietà alle tecniche di fecondazione assistita.

La contraddizione della legge 40, quindi, è stata quella di assoggettare l'accesso alle

---

non può dare al primo una prevalenza totale ed assoluta, negando ai secondi adeguata protezione». Secondo il *dictum* del giudice delle leggi, allorquando tali diritti, tutti di fondamento costituzionale, vengano esposti contemporaneamente a pericolo, un bilanciamento razionale si trova «nella salvaguardia della vita e della salute della madre, dovendosi peraltro operare in modo che sia salvata, per quanto possibile la vita del feto».

<sup>157</sup> Che la legge sulla P.M.A non abbia suscitato ampi consensi è dimostrato dal confronto sorto, sia al di fuori, che all'interno delle aule parlamentari, subito dopo la sua approvazione, tanto da determinare la presentazione di numerosi progetti di modifica della legge, (quale ad esempio il progetto di legge 3022 presentato il 6 luglio 2004, che consentiva l'accesso alla PMA anche alle coppie fertili, ma portatrici di malattie genetiche), nonché la presentazione di ben cinque quesiti referendari, di cui quattro per l'abrogazione di alcuni articoli che disciplinavano i punti più controversi della legge e uno per l'abrogazione dell'intera normativa, dichiarato inammissibile con la sentenza della Consulta n. 45 del 2005, di cui si dirà in prosieguo.

<sup>158</sup> E. Dolcini, *La legge n. 40 del 2004: alla prova dei fatti, un efficace strumento di lotta contro la procreazione medicalmente assistita*, in *Il Corr. del mer.*, 2007, p. 1425 ss.

<sup>159</sup> Anche altre norme complementari hanno insistito su tale punto, essendo volte a prevenire il ricorso alla P.M.A. tramite «interventi contro la sterilità e infertilità» o a disincentivarlo, prevedendo l'obbligo di prospettare ai coniugi la possibilità (preferita dal legislatore) dell'adozione o dell'affidamento «come alternativa alla procreazione medicalmente assistita» (art. 6, co. 1).

<sup>160</sup> G. Fattori, *Il rovesciamento delle norme della procreazione assistita. Interpretazione evolutiva e dilemma contro maggioritario*, in *Quad. di dir. e pol. eccl.*, n. 1/2015, p. 147 ss.

tecniche di PMA, in concreto, a stringenti limiti oggettivi e soggettivi.

Invero, in nome del valore della procreazione naturale, l'art. 4, 1 comma, ha escluso l'accesso a tali tecniche alle coppie non infertili o sterili in senso tecnico, ammettendola solo «in casi di sterilità e infertilità documentate da atto medico o la cui causa sia accertata e certificata da atto medico».

La legge, quindi, ha escluso dal suo ambito di applicazione quelle coppie che, pur non essendo sterili o infertili, fossero portatrici di malattie a trasmissione genetica.

Tale limite è apparso sin da subito ambiguo e contraddittorio, in quanto fortemente lesivo sia per gli aspiranti genitori, che per lo stesso concepito; infatti, in tali casi, la richiesta di accesso alla fecondazione assistita risulterebbe essere funzionale non già al superamento di cause ostative alla procreazione naturale, ma alla possibilità di verificare, tramite esami preimpianto, l'eventuale trasmissione agli embrioni creati *in vitro* della malattia di cui sono affetti o portatori sani i genitori<sup>161</sup>. Limitando l'accesso alle tecniche di procreazione assistita alle sole coppie sterili e/o infertili, la norma *de qua* è apparsa in palese contrasto con gli artt. 3 e 32 Cost., poiché determinante una disparità di trattamento tra le coppie *doppiamente sfortunate*, in quanto portatrici di malattie genetiche nonché sterili, alle quali è stato consentito l'accesso alle tecniche di PMA, rispetto a quelli fertili, affette da patologie geneticamente trasmissibili ai propri figli, a cui, invece, tale accesso, per le medesime finalità, è stato negato.

Tale punto ha evidenziato anche un ulteriore aspetto problematico della normativa *de qua*, che sarà oggetto di apposita trattazione in prosieguo, inerente l'ammissibilità della diagnosi genetica preimpianto (PGD)<sup>162</sup>. Invero, il limite sancito nelle linee guida ministeriali, approvate nel 2004, volto a consentire l'indagine sullo stato di salute dell'embrione solo se

<sup>161</sup> M.P. Iadicicco, *La diagnosi genetica preimpianto nella giurisprudenza italiana ed europea. L'insufficienza del dialogo tra le Corti*, in *Quad. Cost.*, n. 2/2015, p. 325 ss.

<sup>162</sup> Sul punto si precisa che non essendo stata prevista nella l. 40/2004 una disposizione che espressamente vietasse tale accertamento diagnostico, all'indomani della sua emanazione, sia la dottrina che la giurisprudenza si sono interrogate sulla sua ammissibilità. Tra le varie pronunce, si ricorda quella del Tribunale Catania (ord. 3 maggio 2004 in *Diritto della famiglia e delle persone*, 2005, p. 75), il quale ha rigettato il ricorso proposto da una coppia di coniugi con problemi di fertilità e portatori di beta-talassemia, avverso il rifiuto del medico di effettuare la P.G.D. sugli embrioni eventualmente formati, ritenendo la richiesta avanzata dalle parti del tutto *contra legem*, non ravvisando spazio per le censure di illegittimità costituzionale. In senso opposto, invece, l'ordinanza del Tribunale di Cagliari del 16 luglio 2005 la quale, pur confermando l'orientamento giurisprudenziale in merito all'art. 13 comma 2 e affermando che il divieto di PGD si desuma anche dalla disciplina complessiva in materia di P.M.A., ha sollevato per la prima volta la questione di legittimità costituzionale di tale articolo con riguardo agli artt. 2, 3, 32 Cost. (Trib. Cagliari ord. 16 luglio 2005 n. 2026 in *Foro.it* 2005, 2876).

“di tipo osservazionale”<sup>163</sup>, è apparso subito in palese contrasto con quanto sancito, invece, nella legge n. 194/1978 in materia di IVG, la quale, non solo prevede l’accesso alla diagnosi prenatale per le medesime finalità, ma anche la possibilità dell’aborto c.d. *terapeutico*, in presenza delle condizioni analiticamente indicate dalla norma. La scelta del legislatore del 2004, quindi, ha determinato una forte antinomia nel sistema legislativo italiano, consentendo paradossalmente alla donna di poter abortire il feto affetto da malattie genetiche, anche in stato di avanzata gravidanza, ma non di rifiutare l’impianto dell’embrione, la cui patologia potrebbe, peraltro, essere diagnosticata prima del trasferimento in utero. L’irragionevolezza del divieto normativo si è tradotta, quindi, in palese violazione del diritto all’autodeterminazione nonché alla salute della futura gestante, ma anche dello stesso nascituro, non garantito dalle scelte apodittiche del legislatore, poiché esposto comunque alla soluzione ben più drammatica dell’aborto, e quindi, della morte.

Ulteriore punto fortemente controverso della normativa, e strettamente connesso alle problematiche sollevate, è stato individuato nell’irrevocabilità del consenso del paziente dopo la fecondazione dell’ovocita, sancito dall’art. 6, comma 3: tale disposizione ha evidenziato profili di incompatibilità con l’art. 32 Cost.<sup>164</sup>, mettendo fortemente a repentaglio la salute psico-fisica della donna, alla quale viene imposto sostanzialmente un doppio trattamento terapeutico (prima di inoculamento, poi, di aborto), mostrandosi lesiva anche del principio regolativo del rapporto medico/paziente, espropriando quest’ultimo della possibilità di revocare l’assenso al medico di eseguire atti sicuramente invasivi della propria integrità psico-fisica<sup>165</sup>.

Anche il linguaggio utilizzato dal legislatore ha tradito il carattere fortemente restrittivo della legge 40, laddove, ad esempio, oltre a vietare espressamente qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano (art. 13, comma 1), «consente» soltanto, e

---

<sup>163</sup> Limite, poi, annullato per eccesso di potere dalla sentenza del TAR Lazio n. 398/2008, che si analizzerà in prosieguo.

<sup>164</sup> Sul punto autorevole dottrina ha fatto notare come la disposizione in esame sia contrastante anche con l’art. 5 della Convenzione di Oviedo sulla biomedicina, che afferma il principio generale del consenso riguardo gli interventi sanitari e riconosce espressamente la libertà della persona interessata di ritirare in ogni momento il consenso prestato. Sul punto vedi A. Musumeci, *I referendum e la legge sulla procreazione medicalmente assistita. Note a margine su un dialogo (impossibile) tra Parlamento, Corte Costituzionale e corpo elettorale*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), n. 2/2005, p. 13.

<sup>165</sup> Solo con l’approvazione delle Linee Guida 2004 si è cercato di attenuare tale profilo della disciplina, dichiarando «non coercibile» il trasferimento dell’embrione affetto da gravi e irreversibili malformazioni (sub. art. 13).

non prevede, «la ricerca clinica e sperimentale» sugli embrioni prodotti *in vitro*, peraltro, solo «a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative» (art. 13, comma 2).

Nell'acceso dibattito, ancora non sopito, inerente il complesso rapporto tra scienza, diritto e persona, ove molteplici sono le posizioni etico-culturali in campo, il legislatore, coerentemente con la scelta originaria, ma in contrasto con i principi di uno Stato di diritto, ha aderito alle posizioni di coloro che conferiscono *dignità umana* all'embrione, sulla scia di un mero giudizio di valore, escludendo del tutto che quest'ultimo possa essere considerato *oggetto di ricerca*. La tutela del diritto alla vita *in fieri*, ancora una volta, è risultata prevalente e non bilanciabile con ulteriori interessi pur costituzionalmente rilevanti, limitando, pertanto, quale naturale conseguenza, la ricerca sull'embrione unicamente ai fini dello sviluppo dello stesso, in totale violazione del diritto alla libertà della ricerca e del progresso scientifico, che pur rappresentano un aspetto fondamentale in un ordinamento democratico<sup>166</sup>, specialmente ove finalizzato alla tutela della salute individuale e collettiva.

Ed ancora, la logica assolutista che permea tutta la normativa si è evinta in maniera chiara anche dall'art. 14, il quale, nel suo complesso, ha rappresentato sin da subito una delle disposizioni più controverse in materia di PMA; la norma, infatti, introducendo un limite predeterminato al numero di embrioni da impiantare, ha evidenziato subito forti profili di criticità, delineando una disciplina discriminatoria, nonché lesiva del diritto alla salute psico/fisica della madre<sup>167</sup>.

La scelta del legislatore di tutelare incondizionatamente il diritto alla vita dell'embrione si è concretizzata, nei fatti, nell'adozione di una legislazione fortemente repressiva, come evidenziato dalla presenza di molteplici divieti e sanzioni di diversa natura (amministrative di tipo pecuniario, penali, detentive), elencati in parte nell'art. 12, rubricato per l'appunto

---

<sup>166</sup> Sul punto L. Chieffi, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, 1993.

<sup>167</sup> Tale norma, che ha dato avvio, nel 2009, al progetto di riscrittura giurisprudenziale della l. 40 ad opera della Corte, impone il trasferimento degli embrioni in utero tramite «un unico e contemporaneo impianto», limitando la produzione di embrioni *in vitro* al numero «strettamente necessario» a quel singolo impianto, e comunque non superiore a tre, disponendo coerentemente, al comma 1, il divieto di crioconservazione e soppressione degli embrioni; unica eccezione, quella sancita dal comma 3, il quale prevede, ove il trasferimento in utero non sia possibile «per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione», la possibilità di crioconservazione degli embrioni «fino alla data del trasferimento da realizzare non appena possibile».

«divieti e sanzioni»<sup>168</sup>.

La presenza di divieti, volti a tutelare la vita *in fieri*, alcuni dei quali penalmente sanzionati, è apparsa, tuttavia, frutto di una scelta repressiva, non rispettosa dei principi di uno Stato di diritto, ma anche dello stesso diritto penale, violando canoni fondamentali della scienza penalistica, quali il principio di tassatività, proporzionalità e di offensività; ed, infatti, come rilevato da molti studiosi, è risultata del tutto inadeguata la previsione di una sanzione di natura penale, in presenza di violazioni di meri precetti etici, che dovrebbe essere riservata unicamente ai casi di effettiva lesione o messa in pericolo di un bene giuridico socialmente e costituzionalmente rilevante<sup>169</sup>.

Ulteriore punto fortemente controverso della legge 40 è stato individuato nel divieto assoluto al ricorso di tecniche di P.M.A. di tipo eterologo, posto a tutela della genitorialità naturale e del diritto del figlio a conoscere la propria identità genetica, volto, in contrasto con le finalità della legge, a pregiudicare le coppie affette dalla patologia più grave, le quali, invece, necessiterebbero di ricorrere alla donazione di gameti provenienti da soggetti esterni alla coppia, al fine di realizzare il loro progetto genitoriale.

A fronte di un dato legislativo così sproporzionato, contraddittorio, generatore di risultati negativi e irragionevoli<sup>170</sup> è apparso inevitabile – nuovamente – l'intervento della giurisprudenza; non solo dei giudici comuni, di merito e di legittimità, ma soprattutto della Corte costituzionale, la quale, nel suo ruolo di custode e garante della Costituzione, ha provveduto a porre freno agli arbitri della politica, rendendo la disciplina sulla fecondazione assistita compatibile con un'idea di Costituzione preordinata all'inclusione dei conflitti sociali e non già alla loro aprioristica e unidirezionale soluzione<sup>171</sup>, eliminando

---

<sup>168</sup> Punto nevralgico della normativa il divieto assoluto di commercializzazione di gameti ed embrioni e di realizzazione di tecniche di surrogazione di maternità; pratiche considerate come reato e punite con la reclusione fino a due anni. L'art. 13 vieta, poi, al comma 3, ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti, nonché interventi di clonazione, prevedendo, anche in tali casi, nell'ipotesi di violazioni, la pena della reclusione.

<sup>169</sup> Ed, infatti, non si comprende quale diritto o libertà possa essere leso da un'attività naturale, quale quella della procreazione, a meno che non si voglia considerare come bene giuridicamente rilevante quello della procreazione naturale, il quale, però, non assurge a diritto costituzionalmente garantito. Sul punto, cfr. A. Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, 2012, p. 64.

<sup>170</sup> Il carattere fortemente restrittivo della legge, sicuramente tra quelle più repressive in Europa, ha determinato, secondo molti autori, un aumento rilevante dei flussi di *crossing borders*, ossia del cd. *turismo procreativo*, alla ricerca di contesti giuridici più permissivi; sul punto si veda G. Fattori, *Il rovesciamento giurisprudenziale delle norme della procreazione assistita*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, n. 1/2015, p. 147.

<sup>171</sup> M.P. Iadicicco, *La diagnosi genetica preimpianto nella giurisprudenza italiana ed europea. L'insufficienza del dialogo tra le Corti*, in *Quad. Cost.*, n. 2/2015, p. 325 ss.

(alcuni) dei punti più controversi della legge definita laconicamente tra “le più restrittive d’Europa”<sup>172</sup>.

## 2. Gli interventi della Corte costituzionale: la pronuncia n. 151/2009.

Il primo intervento demolitorio della legge sulla P.M.A. si è avuto nel 2009, con la sentenza n. 151 dell’8 maggio, con cui la Consulta, per la prima volta, si è pronunciata su una questione di legittimità costituzionale della legge n. 40/2004.

Infatti, su impulso del TAR Lazio (sent. 21 gennaio 2008) e del Tribunale di Firenze (ord. del 29 luglio 2008) si è giunti al giudizio di legittimità definito con la sentenza sopra menzionata, avente ad oggetto l’art. 14, II e III comma della legge 40<sup>173</sup>.

I Giudici remittenti ravvisavano l’incostituzionalità delle suddette disposizioni nel contrasto con gli artt. 2, 3 e 32 Cost, in quanto le stesse, imponendo il divieto di creazione di un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, e comunque non superiore a tre, e prevedendo la possibilità di crioconservazione solo nell’ipotesi di forza maggiore, relativo allo stato di salute delle donna, non realizzavano un adeguato bilanciamento tra la tutela dell’embrione, l’esigenza procreativa e il diritto alla tutela della salute della donna.

La Corte ha accolto parzialmente le censure mosse dai giudici *a quibus*, dichiarando l’incostituzionalità dell’art. 14, II e III comma, per violazione dell’art. 3 Cost., riguardato sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza e di uguaglianza, nonché dell’art. 32 della Cost.

La Consulta, così decidendo, ha fatto cadere due dei limiti più stringenti e controversi all’accesso alle tecniche di P.M.A., incidendo profondamente sull’impianto dell’intera

---

<sup>172</sup> B. Ferraro, *Profili della disciplina sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. della fam. pers.*, n. 1/2005, p. 252.

<sup>173</sup> A ben vedere, prima che la Corte desse vita, con tale sentenza, al progetto di riscrittura giurisprudenziale dell’impianto iniziale e dell’equilibrio dei valori sottesi alla legge sulla P.M.A., già precedentemente fu chiamata a pronunciarsi sull’eventuale incostituzionalità della l. 40/2004, in relazione alla questione dell’esclusione dalla diagnosi genetica preimpianto delle coppie fertili, ma portatrici di malattie geneticamente trasmissibili, sollevata dal Tribunale di Cagliari. In tale occasione, però, la Consulta *decise di non decidere*, pronunciando un *non liquet* (ord. n. 369/2006). La *non decisione* della Corte manifestava, in realtà, la volontà di non entrare nel merito di una questione particolarmente sentita dalla società civile, sulla quale, pertanto, sarebbe risultato estremamente difficile assumere una decisione non controversa. Sul punto A. Morelli, *Quando la Corte decide di non decidere. Mancato ricorso all’illegittimità consequenziale e selezione discrezionale dei casi (note a margine ord. n. 369/2006)*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2006.

legge 40 e sull'equilibrio dei valori ad essa sottesi.

Con tale fondamentale decisione ha cominciato, così, ad affermarsi concretamente l'idea che la tutela dell'embrione non sia assoluta, ma che possa (o meglio, debba) essere limitata in relazione alla necessità di bilanciamento con ulteriori diritti costituzionalmente rilevanti, coinvolti nel delicato e complesso fenomeno della procreazione. La premessa da cui muove il ragionamento della Consulta si fonda sulla considerazione che sia la stessa legge 40 ad individuare un limite alla tutela dell'embrione, ove quest'ultima entri in conflitto con ulteriori interessi costituzionalmente rilevanti. Ed, infatti, ammettendo l'esistenza di embrioni che possono «non dare luogo ad una gravidanza», è lo stesso legislatore, ben consapevole della necessità di dover bilanciare l'interesse di tutti i soggetti coinvolti nel fenomeno procreativo, in ossequio allo spirito effettivo della legge, a consentire un affievolimento della tutela dell'embrione, al fine di assicurare concrete aspettative di gravidanza<sup>174</sup>.

La Corte, pertanto, partendo da tale premessa, è arrivata facilmente a trasformare un primo profilo essenziale e molto controverso della legge 40, realizzando un adeguato contemperamento degli interessi in gioco, in grado di bilanciare razionalmente l'interesse procreativo, la tutela del concepito, con l'altrettanto fondamentale diritto alla tutela della salute della donna, riconoscendo il giusto ruolo e valore alla scienza, nonché all'autonomia e alla responsabilità del medico nell'adozione di scelte professionali, non riconducibili alla discrezionalità legislativa<sup>175</sup>.

Nel censurare le scelte del legislatore del 2004, il giudice delle leggi ha ritenuto, *in primis*, che l'individuazione di un limite predeterminato per via legislativa del numero di embrioni da produrre possa determinare un serio pregiudizio per la salute della donna, disciplinando in maniera identica situazioni che, invece, possono essere molto differenti tra di loro; il risultato positivo della procreazione medicalmente assistita, infatti, dipende da molteplici fattori, inerenti le condizioni personali, l'età della donna che accede alle tecniche di P.M.A., nonché le caratteristiche degli embrioni da impiantare.

Secondo il ragionamento della Corte, quindi, la scelta degli embrioni da produrre ed

---

<sup>174</sup> Invero, ammettendo l'esistenza di embrioni che possano non dare luogo ad una gravidanza, appare evidente che la determinazione del numero massimo di embrioni impiantabili rappresenti un rischio per quest'ultimi. Cfr. S. Agosta, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte Cost., sent. 151/2009)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2009, p. 7 ss.

<sup>175</sup> M. Abagnale, *La procreazione medicalmente assistita nella metamorfosi della legge 40/2004*, cit., p. 11.

impiantare non può essere rimessa in via arbitraria al legislatore, trattandosi, invece, di valutazioni che attengono al campo dell'apprezzamento del medico.

Tali aspetti, infatti, non possono essere regolati aprioristicamente, attraverso la previsione di un limite assoluto e rigido, se non con palese violazione del canone della ragionevolezza e del principio di uguaglianza; l'imposizione di un limite fisso stabilito dal legislatore, ad avviso della Consulta, non può che determinare – illegittimamente – l'identica regolamentazione di situazioni differenti<sup>176</sup>, in contrasto con quanto statuito dall'art. 3 Cost., nonché con rischio di lesione del fondamentale diritto alla salute della donna ed anche dello stesso feto<sup>177</sup>.

Cancellando il limite posto dall'art. 14, 2 comma, la Consulta ha inteso restituire la giusta discrezionalità ed autonomia alla scienza, e conseguentemente al medico, unico «depositario del sapere tecnico», che con «il consenso del paziente», di volta in volta, valuta il numero di embrioni da impiantare idoneo ad «assicurare un serio tentativo di procreazione assistita riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto»<sup>178</sup>. Ribadendo la propria posizione sul ruolo da assegnare alla scienza medica rispetto al diritto<sup>179</sup>, la Corte ha posto l'accento «sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali che sono in continua evoluzione e su cui si fonda l'arte medica», ritenendo che la regola di fondo debba essere

---

<sup>176</sup> A. Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, cit.

<sup>177</sup> Il limite legislativo rischiava, infatti, di rendere necessaria la reiterazione dei cicli di stimolazione ovarica, ove il primo impianto non avesse dato luogo ad alcun esito (considerando anche come le tecniche di procreazione assistita attualmente conosciute presentano, pressoché tutte, percentuali di riuscita abbastanza basse), con il conseguente aumento del rischio di insorgenza delle patologie collegate a tale iperstimolazione. Paradossalmente, quindi, risultavano i casi più gravi di sterilità, che la legge invece si prefiggeva di curare, ad essere compromessi. Tuttavia, anche i casi di sterilità meno gravi risultavano pregiudicati dalla scelta aprioristica del legislatore, in quanto, laddove le possibilità di attecchimento fossero state maggiori, l'obbligo di impiantare contemporaneamente tutti gli embrioni prodotti avrebbe potuto dare luogo a gravidanze plurime, parti plurigemellari, con seri rischi per la salute delle gestanti, ma anche degli stessi nascituri. Sul punto cfr. L. Varrone, *I correttivi alla legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita ad opera della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*, n. 12/2015, p. 7.

<sup>178</sup> G. Fattori, *Il rovesciamento delle norme della procreazione assistita*, cit., p. 156 ss.

<sup>179</sup> «Salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è di norma il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dall'autonomia e dalla responsabilità del medico, che sempre col consenso del paziente, opera le scelte professionali, basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione»; Corte cost., s.n. 282/2002 in *www.giur.cost.org*; orientamento ribadito anche da Corte cost., s.n. 228/2003 in *www.giur.cost.org*. Sul punto si rileva, inoltre, come dottrina autorevole abbia ritenuto che la pronuncia n. 151/2009 della Corte confermi la posizione di chi sostiene che la scienza pone il giudice «in posizione di dipendenza necessaria dai suoi risultati»; così R. Bin, *La Corte e la sua scienza* in A. D'Aloia (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali*, 2005, p. 9 ss.

quella dell'autonomia e responsabilità del medico che, col consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali<sup>180</sup>.

A tali considerazioni si è aggiunta, poi, anche l'evidente irragionevolezza e contraddittorietà delle disposizioni censurate, contrastanti con la stessa *ratio* della legge 40, e con quel bilanciamento di interessi che tale normativa – in astratto – ha mirato a perseguire («favorire la soluzione dei problemi procreativi derivanti dalla sterilità e infertilità umana» e «la tutela dei diritti di tutti i soggetti coinvolti»), nonché con il principio della gradualità e della minore invasività delle tecniche di procreazione assistita, affermato, peraltro, dallo stesso art. 4, 2 comma della normativa.

L'intervento demolitorio del Giudice delle leggi, quindi, ha fatto venir meno la previsione dell'unico e contemporaneo impianto, e del numero massimo di embrioni da impiantare, eliminando l'irragionevolezza della previsione di un'identica disciplina per fattispecie diverse, nonché il rischio per la donna di doversi sottoporre a molteplici interventi di stimolazione ovarica, con lesione del diritto alla sua salute psico-fisica, facendo salvo, però, il principio per cui le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario, «secondo accertamenti demandati, nella fattispecie concreta, al medico».

L'ulteriore effetto della pronuncia in esame, conseguenziale alla caducazione delle disposizioni censurate, è stato, poi, quello di stabilire una deroga al divieto di crioconservazione, sancito dal 1 comma dell'art. 14, consentendo «la necessità del ricorso alla tecnica del congelamento con riguardo agli embrioni prodotti, ma non impiantati», nonché di dichiarare l'incostituzionalità del comma 3 dell'art. 14 nella parte in cui «non prevede che il trasferimento, da realizzare non appena possibile, come previsto in tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna».

La Corte, quindi, con tale decisione ha finalmente deciso di entrare nel merito delle scelte effettuate dal legislatore in materia di P.M.A., ritenendo non equa, se non del tutto sbilanciata, la ponderazione degli interessi effettuata, frutto di una scelta arbitraria, volta a tutelare incondizionatamente la vita *in fieri*. Ed, infatti, allorquando si è posto in concreto il drammatico conflitto tra il diritto alla vita dell'embrione e quello alla salute della futura madre, il legislatore del 2004 ha deciso di optare aprioristicamente per la tutela del

---

<sup>180</sup> Corte cost., s.n. 151/2009, punto 6.1 del *Considerato in diritto*.

concepito<sup>181</sup>, considerato come soggetto di diritto avente pari dignità rispetto a tutti gli altri soggetti coinvolti nel processo procreativo, dimenticando, però, di garantire, anche e soprattutto, il diritto alla salute psico/fisica della donna, totalmente compromesso da scelte legislative volte a predeterminare aspetti rientranti nel campo della scienza medica, e che, pertanto, si sarebbero dovuti rimettere al campo di apprezzamento e di valutazione del medico/scienziato. Utilizzando, invece, il canone della ragionevolezza, e, quindi, della proporzionalità, la Consulta ha consentito alla legge sulla P.M.A. di acquisire un volto *laico* garantendo adeguatamente tutti gli interessi coinvolti; non più tutela assoluta dell'embrione, ma di tutti i soggetti coinvolti nel fenomeno procreativo.

Il Giudice delle leggi, evidenziando la necessità di effettuare un bilanciamento razionale, come peraltro già rilevato nella sentenza n. 27/1975, ma anche nelle pronunce n. 347/1998 e n. 45/2005<sup>182</sup>, ha ricondotto a ragionevolezza uno dei profili più discussi della normativa in materia di P.M.A., capovolgendo l'equilibrio dei valori ad essa sotteso, nell'ottica di una bioetica rispettosa di tutti i valori costituzionali. La Corte, infatti, pur continuando a ritenere meritevole di protezione l'embrione umano, ha ritenuto illegittimo l'eccesso di tutela riconosciutogli dalla legge 40, in contrasto, peraltro, con la sua stessa *ratio legis*, in quanto lesivo irragionevolmente dei diritti di tutti gli altri soggetti coinvolti nel fenomeno procreativo. Mediante gli strumenti del sindacato di ragionevolezza e delle tecniche di bilanciamento, la Corte ha evidenziato come la tutela dell'embrione, concepito dalla normativa come il *soggetto debole*, debba necessariamente essere bilanciata con gli ulteriori interessi costituzionali in conflitto, ossia le esigenze della procreazione, il diritto a divenire genitori, la libertà della ricerca scientifica, il diritto alla salute della donna, evidenziando la necessità di tutelare soprattutto i diritti di «chi è già persona», rispetto a chi «persona deve ancora diventare»<sup>183</sup>.

---

<sup>181</sup> Sul punto, si rileva come autorevole dottrina abbia evidenziato l'imprecisione terminologica del legislatore nel caso della legge 40, trattandosi di embrione in vitro, e non concepito come considerato nella legge sull'interruzione volontaria di gravidanze. Sul punto, A. Musumeci, *I referendum e la legge sulla procreazione assistita. Note a margine su un dialogo (impossibile) tra Parlamento, Corte Costituzionale e corpo elettorale*, cit., p.13.

<sup>182</sup> Come rilevato nella sentenza della Corte sul proposto referendum, la legge 40 ha l'indubbio merito di ergersi a «legge costituzionalmente necessaria», riempiendo un vuoto legislativo sulle questioni di inizio vita, ove emergono quella pluralità di interessi costituzionali bisognevoli di un livello minimo di tutela e di bilanciamenti ragionevoli. Sul punto, cfr. A. Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, cit., p. 2 ss.

<sup>183</sup> Corte cost., s.n. 27/1975.

### 3. L'eliminazione del divieto di fecondazione assistita eterologa: la sentenza n. 162/2014.

Prima dell'emanazione della legge 40 la fecondazione eterologa era ammessa nel nostro ordinamento e praticata in ben settantacinque centri privati<sup>184</sup>.

Con l'entrata in vigore della legge in materia di P.M.A. è stato posto un divieto assoluto all'esercizio di tale pratica, coerentemente con il carattere fortemente restrittivo della normativa in oggetto. La *ratio* del divieto è stata individuata nella prioritaria tutela dell'interesse del figlio ad un'identità familiare e alla certezza biologica della genitorialità, intesa come condizione prioritaria per la strutturazione della sua identità personale<sup>185</sup>.

Essendosi avviato con la sentenza n.151/2009 il processo di graduale verifica della compatibilità costituzionale della legge 40, anche la norma contenente il divieto di eterologa è stata, ben presto, portata all'attenzione del giudice delle leggi, soprattutto in seguito ai richiami provenienti da Strasburgo. Infatti, la Corte europea dei diritti dell'uomo, nell'aprile 2010, nel caso *S.H. e altri c. Austria*,<sup>186</sup> ha ritenuto il divieto di eterologa contrastante con agli artt. 8 e 14 della CEDU, inerenti il diritto al rispetto della vita privata e familiare e il divieto di discriminazione<sup>187</sup>.

---

<sup>184</sup> Come emerso dalla Relazione della XII Commissione Permanente della Camera dei Deputati del 14 luglio 1988. Tali centri operavano nel quadro delle circolari del Ministro della sanità del 1° marzo 1985 (Limiti e condizioni di legittimità dei servizi per l'inseminazione artificiale nell'ambito del Servizio sanitario nazionale), del 27 aprile 1987 (Misure di prevenzione della trasmissione del virus HIV e di altri agenti patogeni attraverso il seme umano impiegato per fecondazione artificiale) e del 10 aprile 1992, nonché dell'ordinanza dello stesso Ministero del 5 marzo 1997, recante «Divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani», avente efficacia temporalmente limitata, poi prorogata per ulteriori novanta giorni da una successiva ordinanza del 4 giugno 1997).

<sup>185</sup> L. Varrone, *I correttivi alla legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita ad opera della giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., p. 13 ss.

<sup>186</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, Prima Sezione, *Caso S.H. e altri c. Austria in unipd-centrodirittiumani.it*.

<sup>187</sup> La sentenza della Corte EDU ha determinato il consequenziale effetto di trasferire la questione alla Corte Costituzionale. Infatti, a seguito della sentenza della Corte di Strasburgo, sono state pronunciate ben tre ordinanze di rimessione (Tribunale di Catania, Milano, Firenze) che hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale del divieto di eterologa, non solo in riferimento a norme costituzionali italiane (artt. 2, 3, 29, 31, 32 Cost.), ma anche, e soprattutto, ai «vincoli comunitari» e «agli obblighi internazionali» richiamati dall'art. 117, 1 comma, Cost. Investita della questione, la Corte Costituzionale, con l'ordinanza n. 150/2012, aveva ordinato la rimessione degli atti ai giudici *a quibus*, affinché i rimettenti provvedessero ad un rinnovato esame delle questione, alla luce della sopravvenuta sentenza della Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 3 novembre 2011, la quale aveva operato un vero e proprio *revirement*, ritenendo che il legislatore austriaco non avesse ecceduto il margine di discrezionalità riservato agli Stati nazionali, e che, pertanto, il divieto (parziale) di eterologa previsto dall'ordinamento austriaco avesse adeguatamente bilanciato gli interessi in gioco, non determinando un'illegittima ingerenza nella vita privata

Con la sentenza n. 162/2014 la Consulta ha sancito l'illegittimità costituzionale del divieto assoluto di fecondazione eterologa, posto dal comma 3 dell'art. 4 della legge 40, portando, così, l'ordinamento italiano al passo degli altri Paesi europei.

La premessa da cui muove il ragionamento della Corte parte, ancora una volta, dalla necessità di introdurre, nella regolamentazione di questioni eticamente sensibili in uno Stato laico e pluralista, una disciplina volta ad individuare *un punto di equilibrio* tra i molteplici valori costituzionali potenzialmente in conflitto, tale da garantire un livello minimo di tutela legislativa ad ognuno di essi. La Consulta, pur riconoscendo la competenza e la discrezionalità del legislatore nell'individuazione di tale *punto di equilibrio*, ha rivendicato con fermezza il proprio ruolo nella valutazione dell'adeguatezza dei bilanciamenti effettuati da quest'ultimo, attraverso il ricorso al canone della ragionevolezza, e, quindi, della proporzionalità.

La Corte, nell'accogliere la censura di incostituzionalità del divieto assoluto di eterologa, ha fondato l'irragionevolezza della scelta del legislatore sulla base di due parametri: la libertà di autodeterminazione e il diritto alla salute *ex art. 32 Cost.*, interessi parimenti di rilievo costituzionale, del tutto sacrificati e lesi dall'illegittimo bilanciamento degli interessi in gioco effettuato dal legislatore italiano<sup>188</sup>.

Sotto il primo profilo la Corte ha evidenziato come la libertà di autodeterminazione dei singoli, la quale comprende in sé anche la libertà di divenire genitori e di formare una famiglia, riconducibile agli artt. 2, 3, 31 Cost., pur ergendosi a libertà fondamentale dell'individuo, non si configuri come libertà assoluta, né incondizionata. Come per ogni altra libertà costituzionale, quindi, anche la libertà di autodeterminazione può trovare restrizioni o un divieto assoluto al suo esercizio, ma solo ove tali esigenze siano «ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango»<sup>189</sup>. Pertanto, secondo il Giudice delle leggi, la scelta di voler avere un figlio e di creare una famiglia, inerendo la sfera della vita familiare e privata, non può che essere considerata come incoercibile, solo ove non vulneri altri valori di rango

---

familiare delle persone, ai sensi dell'art. 8 e 14 CEDU. Nel 2013, i Tribunali rimettenti sollevarono nuovamente questione di legittimità costituzionale, questa volta, però, solo sulla base di parametri costituzionali interni, senza richiamare l'art. 117 Cost., ad eccezione del Tribunale di Milano. Sul punto, cfr. G. Fattori, *Il rovesciamento delle norme della procreazione assistita*, cit., p. 160 ss.

<sup>188</sup> A. Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, cit., p.21 ss.

<sup>189</sup> Corte cost., s.n. 332/2000.

costituzionale, «anche quando tale determinazione sia esercitata mediante il ricorso a tecniche di P.M.A. di tipo eterologo».

La Corte, quindi, adeguandosi ai valori emergenti nella comunità internazionale, volti ad attribuire rilevanza giuridica alle c.d. *de facto family*, ossia a quelle relazioni familiari prive di un legame genetico, nonché al diritto del minore a mantenere i legami affettivi già acquisiti, anch'essa accede ad un modello di famiglia lontano dalla configurazione tradizionale, caratterizzato dalla presenza di figli, al di là del dato biologico, ossia del classico legame di sangue, almeno per uno dei genitori, rilevando come il dato della provenienza genetica non costituisca di per sé un requisito imprescindibile della famiglia stessa. Peraltro, a conferma della liceità di una genitorialità sociale, scissa da quella biologica, il Giudice delle leggi ha evidenziato come tale possibilità non sia del tutto estranea al nostro ordinamento, essendo già stata legittimata attraverso la regolamentazione dell'istituto dell'adozione<sup>190</sup>.

La sentenza della Corte, quindi, inserendosi in un filone giurisprudenziale che oggi potremmo dire, ormai, maggioritario<sup>191</sup>, ha cominciato ad introdurre un'idea di famiglia sempre più *sganciata* dal matrimonio *ex art 29 Cost*, concepita piuttosto come comunità di affetti incentrata sui rapporti concreti che si instaurano tra i suoi componenti, quale formazione sociale legata necessariamente alla procreazione, che assurge, ormai, a diritto fondamentale della persona<sup>192</sup>. Tali argomentazioni si basano sulla concezione, ormai prevalente, che la genitorialità non costituisca un mero evento biologico, piuttosto un fatto morale e culturale, valorizzando in maniera effettiva il concetto di responsabilità

---

<sup>190</sup> Tuttavia, i sostenitori della legge 40 hanno evidenziato come, in realtà, l'istituto dell'adozione sia profondamente diverso, in quanto “non è uno strumento per dare un figlio a chi non ne ha, ma è al contrario uno strumento per dare dei genitori ad un bambino che non ne ha”; cfr. C. Casini e M. L. Di Pietro, *La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, Commentario, Torino, 2004, p. 516. In tema, v. anche L. Varrone, *I correttivi alla legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita ad opera della giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., p. 13.

<sup>191</sup> Su tale scia la Corte di Cassazione, I Sez. Civ., con sentenza del 30 settembre 2016 n. 19599, ha riconosciuto l'ammissibilità della trascrizione dell'atto di nascita del figlio di coppia omosessuale nato all'estero ricorrendo a tecniche di procreazione medicalmente assistita (P.M.A.). Successivamente, la Corte di Appello di Trento ha riconosciuto efficacia all'atto di nascita, formato all'estero, di due gemelli nati mediante il ricorso a tecniche di GPA, riconoscendo, per la prima volta nel nostro ordinamento, la genitorialità piena - non adozione - di due padri; o ancora il Tribunale di Palermo, sez. I, decreto 6 aprile 2015 che espressamente ha riconosciuto il diritto del minore a mantenere rapporti significativi con il c.d. *genitore sociale*, ritenendo che quando il rapporto instauratosi con il minore sia tale da fondare l'identità personale e familiare del bambino stesso, esso debba essere salvaguardato, alla pari di quanto riconosce oggi l'art. 337 *ter* c.c. ai figli nei confronti dei genitori biologici.

<sup>192</sup> A. Morrone, *Ubi scientia, ibi iura*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2014, p. 1 ss.

genitoriale, anche e soprattutto nell'ottica della tutela del c.d. *best interest of child*<sup>193</sup>.

Le considerazioni svolte dalla Corte, volte a riconoscere un diritto costituzionalmente garantito alla genitorialità e alla famiglia con figli, tuttavia, nel rispetto del principio di proporzionalità, non hanno aperto la strada ad un'idea di maternità incondizionata, senza limiti. La Consulta ha evidenziato, però, come eventuali restrizioni a tali libertà fondamentali non possano tradursi in un divieto assoluto, se non nell'ipotesi in cui rappresentino l'unico strumento per tutelare altri interessi parimenti di rango costituzionale.

Secondo le argomentazioni della Corte, quindi, ponendo un divieto assoluto alla fecondazione eterologa, la legge, oltre a tradire la sua stessa *ratio*, quella di «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o infertilità umana», ha operato un irragionevole e discriminatorio bilanciamento dei diritti in gioco, negando in maniera assoluta il diritto a realizzare la genitorialità alle coppie *più malate*, affette dalle patologie più gravi, senza che la sua assolutezza potesse essere giustificata dall'esigenza di tutela di ulteriori valori costituzionali. Eliminato il pericolo del ricorso a tale tecnica per fini eugenetici, attraverso la previsione del limite di accesso all'eterologa unicamente alle coppie per le quali sia stata accertata la sussistenza di una patologia irreversibile di infertilità o sterilità, l'unico interesse costituzionalmente rilevante che il legislatore ha deciso di voler perseguire, attraverso il divieto di PMA di tipo eterologo, è l'esigenza di tutela del nato, la quale, pur meritevole di protezione, appare già adeguatamente garantita dalle scelte legislative.

Ulteriore parametro in base al quale il giudice delle leggi ha ravvisato l'incostituzionalità del divieto di eterologa è al diritto alla salute *ex art 32 Cost.*, che include non solo il benessere fisico, ma anche, e soprattutto, quello psichico. In questa prospettiva, è apparso effettivamente irragionevole che il legislatore abbia assicurato una cura per le coppie parzialmente infertili o sterili, nulla prevedendo per quelle che, invece, lo sono in maniera assoluta ed irreversibile, determinando inevitabilmente nelle stesse una profonda

---

<sup>193</sup> Ad esempio la pronuncia del Tribunale di Roma sul celebre caso del c.d. *scambio degli embrioni*, ha argomentato nel senso del prevalente interesse del minore, affermando che «la tutela del diritto allo status e all'identità personale può non identificarsi con la prevalenza della verità genetica» che, pertanto, può considerarsi non sovraordinata, in alcuni casi, rispetto agli altri interessi in conflitto. In tema, Trib. Roma. I Sez. Civ., ord. 8 agosto 2014.

sofferenza psicologica, data dall'impossibilità di realizzare un progetto genitoriale<sup>194</sup>, allorquando, invece, in tali casi, al fine di «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» dovrebbe essere il medico ad individuare, col consenso del paziente, le scelte terapeutiche più efficaci.

L'irragionevolezza della scelta del legislatore si è tradotta, poi, in un'ulteriore discriminazione per tali coppie, anche in considerazione della capacità economica delle stesse, divenuta intollerabilmente requisito per l'esercizio di un diritto fondamentale, negato a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi.

Fondamentale, pertanto, il richiamo al concetto di *ragionevolezza, proporzionalità*, chiave di tutto il ragionamento della Consulta, nonché strumento privilegiato per consentire alla stessa di effettuare un ampio controllo sulla discrezionalità legislativa. E' proprio tale principio che, secondo le argomentazioni mosse, è stato violato dal legislatore, il quale, imponendo un divieto assoluto ed incondizionato alle tecniche di fecondazione di tipo eterologo, sul presupposto della necessità di tutelare in maniera incondizionata il diritto del nato ad una genitorialità naturale, ha violato il principio di ragionevolezza, sacrificando tutti gli altri diritti costituzionali coinvolti. Sacrificio che la Consulta, analizzando attentamente le disposizioni della legge 40, non ha ritenuto adeguato e ragionevole, considerato che il nostro ordinamento, in ossequio al principio del *favor veritatis*, offre già ampie garanzie al singolo al fine di poter conoscere le proprie origini, e che anche i nati a seguito di fecondazione eterologa acquisiscono lo *status* di figli legittimi o riconosciuti dalla coppia che ha espresso la volontà di ricorrere a tali tecniche, come disposto dall'art. 8 della citata legge. Un'ulteriore garanzia per il nascituro è prevista, inoltre, anche dall'art. 9, il quale vieta l'esercizio dell'azione di disconoscimento di paternità *ex art* 235 c.c. da parte del coniuge o del convivente, il cui consenso sia ricavabile da atti concludenti, garantendo, così, il diritto del nascituro da fecondazione eterologa alla doppia figura genitoriale<sup>195</sup>.

La Consulta, confermando l'orientamento inaugurato con la pronuncia n. 151/2009, ha

---

<sup>194</sup> G. D'Amico, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2014, p. 1 ss.

<sup>195</sup> V. Tigano, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2014.

censurato l'assolutezza del divieto di eterologa, perché risultato di un non ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, determinante una lesione -in concreto- degli ulteriori interessi costituzionali in rilievo, verificata attraverso il canone della ragionevolezza. Ribadendo la necessità di garantire, nella regolamentazione di materie eticamente sensibili, un "livello minimo di tutela" a tutti i diritti costituzionali coinvolti, la Corte ha evidenziato come il diritto alla genitorialità, riconducibile alla libertà di autodeterminazione, e il diritto alla salute, intesa quale integrità psico-fisica delle coppie, non possano essere sacrificati in maniera eccessiva e sproporzionata, soprattutto in un contesto in cui, ormai, i progressi della scienza medica hanno consentito la procreazione anche alle coppie affette da infertilità o sterilità assoluta, attraverso tecniche che esulano comunque dalla maternità surrogata. Tale pratica, infatti, ribadisce fermamente la Corte, resta vietata, poiché contrastante con l'ordine pubblico, come suggerito anche dalla previsione della sanzione penale disposta per la sua violazione, venendo concepita come un'offesa intollerabile alla dignità della donna, lesiva nel profondo delle relazioni umane. Pertanto, alla luce di tali considerazioni, la Corte ha ritenuto che il diritto dell'embrione a concludere il suo processo vitale non possa giustificare di per sé un divieto assoluto alla P.M.A. di tipo eterologo, potendo al più legittimare, nel rispetto del principio di proporzionalità e di ragionevolezza, un divieto legislativo, ove vogliano essere perseguite determinate finalità, che non possano essere coperte dal richiamo all'autodeterminazione o al diritto alla salute, vietando, ad esempio, il ricorso a tali tecniche per scopi eugenetici<sup>196</sup>.

#### **4. Il divieto di diagnosi genetica preimpianto: la pronuncia n. 96/2015.**

Anteriormente alla entrata in vigore della legge 40, ricorrere alla fecondazione *in vitro* e alla successiva diagnosi genetica preimpianto, era consentito alle coppie portatrici sane di gravi malattie genetiche, al fine di ridurre la trasmissione al nascituro di tali patologie e far nascere un figlio sano. A seguito dell'approvazione della legge 40 la situazione è divenuta controversa, in quanto, pur non essendo rinvenibile nel testo di legge alcun divieto opponibile all'esecuzione di tale pratica, varie disposizioni della normativa ne impedivano

---

<sup>196</sup> A. Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, cit., p. 23.

concretamente la praticabilità<sup>197</sup>.

In un primo momento le linee guida ministeriali, approvate nel 2004, contenenti le indicazioni e le procedure delle tecniche di P.M.A., avevano previsto un espresso divieto di P.G.D., stabilendo che ogni indagine sullo stato di salute dell'embrione dovesse essere unicamente "di tipo osservazionale"<sup>198</sup>. Tale limite è stato, poi, annullato dal TAR del Lazio con la sentenza n. 398 del 2008<sup>199</sup> per eccesso di potere. Nonostante tale pronuncia, sussisteva ancora il problema per le coppie non fertili o sterili, portatrici di malattie a trasmissione genetica, essendo per quest'ultime precluso l'accesso alle tecniche di procreazione artificiale, ai sensi dell'artt. 1, comma 2 e 4 comma 1 della legge 40/2004<sup>200</sup>. Con la sentenza n. 96/2015 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 1 comma 1 e 2, nonché dell'art. 4 comma 1 della legge 40, laddove non consentono il ricorso a tecniche di P.M.A. alle coppie fertili, ma portatrici di malattie geneticamente trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità che consentono l'accesso all'aborto terapeutico, ai sensi dell'art. 6 della legge n.194/1978.

La Consulta, con tale sentenza, ha ravvisato la contrarietà del divieto di P.G.D. con gli artt. 3 e 32 della Cost., rilevando nuovamente la debolezza strutturale del rigido impianto su cui regge la legge 40.

La Corte, in via preliminare, ha voluto ribadire la pienezza delle proprie funzioni di organo di chiusura del sistema costituzionale<sup>201</sup>. Riprendendo, poi, le argomentazioni svolte dalla

---

<sup>197</sup> M.P. Iadicicco, *La diagnosi genetica preimpianto nella giurisprudenza italiana ed europea. L'insufficienza del dialogo tra le Corti*, cit., p. 325 ss.

<sup>198</sup> B. La Monica, *Esclusa la diagnosi preimpianto se si persegue una finalità eugenetica*, in *Guida al diritto*, n. 40/2004, p. 28 ss.

<sup>199</sup> TAR Lazio, sentenza 9 maggio n. 398, in *Foro.it*, 2008, III pp. 207 e 312, il quale riscontrava l'illegittimità della disposizione contenuta nelle Linee Guida, poiché, mentre la l. 40/2004 «consente la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione, sia pure per finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso e si consentono interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche sempre al medesimo scopo», nelle Linee Guida, disposte con d.m. nel luglio 2004, «tale possibilità viene contratta al punto di essere limitata alla sola 'osservazione dell'embrione». Tale previsione, secondo i giudici amministrativi, è illegittima poiché «deve ritenersi che, per quanto riguarda l'ambito oggettivo di delimitazione della disciplina della procreazione medicalmente assistita, il potere relativo non possa che competere al legislatore, con la conseguenza che quest'ultimo, nella sua ampia discrezionalità politica ha stabilito di consentire interventi diagnostici sull'embrione per le finalità sopra espresse, questi non possono essere limitati nel senso prospettato delle linee guida».

<sup>200</sup> Ed infatti, diversi giudici nazionali avevano cominciato ad esprimersi sulla controversa questione della praticabilità di esami diagnostici preimplantatori, anche se le questioni ad essi sottoposte concernevano prettamente richieste di coppie affette da patologie a trasmissione genetica, ma che comunque avevano avuto la possibilità di accedere legittimamente alle tecniche di fecondazione artificiale, in quanto sterili o infertili.

<sup>201</sup> La Corte costituzionale, infatti, ha riaffermato l'impossibilità di percorrere la via della disapplicazione della normativa interna contrastante con le disposizioni della CEDU, ribadendo che la Convenzione si pone su di un piano sub costituzionale, e che «non crea un ordinamento giuridico sovranazionale, ma costituisce

Corte EDU nel caso *Costa Pavan*<sup>202</sup>, ha rilevato la irragionevolezza del sistema legislativo italiano, il quale, da un lato, non consente alle coppie fertili affette da patologie geneticamente trasmissibili, anche come portatrici sane, di ricorrere alle tecniche di fecondazione artificiale e alle diagnosi preimpianto, riconoscendo, poi, alle stesse, la possibilità di ricorrere all'interruzione volontaria di gravidanza, al fine di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla patologia ereditaria di cui sono portatrici. Ancora una volta, le censure mosse dalla Consulta al legislatore partono dai principi di proporzionalità, e ragionevolezza, con una sentenza i cui contenuti risultano essere già stati scritti dall'inchiostro della Corte EDU e dalla dottrina. Il giudice delle leggi ha evidenziato come, ancora una volta, nelle questioni di inizio vita, il legislatore non abbia adeguatamente utilizzato le tecniche di bilanciamento, delineando in concreto una disciplina altalenante, incoerente ed irrazionale. Invero, il legislatore del 2004, per rimanere fedele alla scelta etica effettuata a priori, vietando l'accesso alle tecniche di G.D.P. alle coppie fertili, ma portatrici di malattie geneticamente trasmissibili, ha determinato una forte *antinomia del sistema legislativo*, evidenziata anche dalla Corte di Strasburgo, per ciò che concerne la tutela della vita umana, attraverso la previsione di due opzioni legislative del tutto contrastanti tra di loro; ed, infatti, l'ordinamento italiano, con la legge 40, ha previsto una

---

un modello di diritto internazionale pattizio idoneo a vincolare lo stato ma improduttivo di effetti diretti nell'ordinamento interno".

<sup>202</sup> Nel 2010, i coniugi *Costa/Pavan*, coppia fertile, ma portatrice di una grave malattia a trasmissione genetica, presentavano ricorso alla Corte di Strasburgo, lamentando la violazione, da parte dell'ordinamento italiano, degli artt. 8 e 14 CEDU, stante le restrittive condizioni di accesso alle tecniche di P.M.A. fissate dall'art. 4 della legge 40/2004. La Corte EDU, in tale pronuncia, pur ritenendo che in ambiti caratterizzati da una elevata complessità etica e morale, la discrezionalità del legislatore statale non possa essere ridotta in maniera significativa, ha ritenuto doveroso procedere alla valutazione della ragionevolezza della normativa italiana in materia di P.M.A. e delle limitazioni imposte, rispetto al diritto alla vita privata e familiare sancito dall'art. 8 CEDU.

La Corte, proseguendo nell'opera di progressiva espansione del contenuto normativo dell'art 8 CEDU, ha fatto rientrare nella nozione di vita privata e familiare anche «il desiderio dei ricorrenti di mettere al mondo un figlio non affetto da malattia genetica di cui sono portati sani, ricorrendo a tal fine alle tecniche di procreazione medicalmente assistita». Pertanto, i giudici di Strasburgo hanno rilevato il carattere sproporzionato delle misure adottate dallo Stato italiano, costituenti un'illegittima ingerenza nel diritto di cui all'art. 8 CEDU. Più precisamente, la violazione convenzionale è stata ricondotta ad una evidente contraddizione della normativa italiana, la quale, da un lato con la legge n. 40/2004 preclude alle coppie fertili, ma portatrici di malattie genetiche, come quella ricorrente, l'accesso alle tecniche di P.M.A. e la praticabilità di indagini preimpianto, dall'altro, poi, ai sensi della legge n. 194/1978 (in materia di interruzione volontaria di gravidanza) consente di procedere all'aborto, allorché, a seguito di indagini prenatali, fossero state diagnosticate gravi patologie del feto, incidenti sulla salute psico-fisica della madre. V. sul punto M.P. Iadicicco, *La diagnosi genetica preimpianto nella giurisprudenza italiana ed europea. L'insufficienza del dialogo tra le Corti*, cit., p. 325 ss.; per approfondimenti, V. Zagrebelsky, *La irragionevolezza della legge italiana sulla procreazione assistita nel giudizio delle Corti Europee dei diritti umani*, in *Dir. um. dir. int.*, n. 3/2012.

tutela incondizionata per l'embrione, che comunque costituisce *incerto umano*, stabilendo, poi, ai sensi della legge 194/1978, contraddittoriamente, una garanzia inferiore allorché quest'ultimo è divenuto feto nel corpo della madre<sup>203</sup>, delineando quasi uno "status giuridico superiore per l'embrione e deteriore per il feto"<sup>204</sup>.

Appare evidente per la Consulta, quindi, l'irragionevolezza – insuperabile – in termini di bilanciamento degli interessi coinvolti, nonché l'evidente irrazionalità del divieto indiscriminato imposto dalla legge 40, lesivo dell'art. 32 Cost. per il mancato rispetto del diritto alla salute della donna. Infatti, il sistema normativo italiano, così delineato, non consente alla futura madre di poter acquisire -prima- un'informazione adeguata, che le permetta di poter evitare l'assunzione - in un momento successivo - di decisioni ben più pregiudizievoli per la sua integrità psico-fisica. La lesione del diritto alla salute della donna non risulterebbe giustificata, poi, neppure dall'esigenza di tutela del nascituro, considerato che la legge n. 194/1978 non impedisce di ricorrere alla soluzione ben più drammatica dell'aborto c.d. *terapeutico*, seppur in presenza di specifiche condizioni analiticamente indicate dalla normativa<sup>205</sup>.

Tali considerazioni hanno reso inevitabile da parte della Corte, nel suo ruolo di custode della Costituzione, la censura della disposizione impugnata.

Analizzando il percorso argomentativo seguito della Corte, si può notare come quest'ultima, nell'ottica del razionale bilanciamento degli interessi di tutti i soggetti coinvolti, non abbia dimenticato di considerare e tutelare anche le esigenze del nascituro, più di quanto abbia fatto la stessa legge 40. Invero, anche l'interesse alla situazione giuridica del concepito ha imposto una censura alla disposizione contestata, poiché la scelta arbitraria del legislatore, oltre a compromettere la salute della futura madre, non ha impedito al concepito di essere esposto alla soluzione ben più drammatica dell'aborto.

Il richiamo della Corte ai criteri di gravità di cui alla legge n. 194/1978, che consentono l'interruzione di gravidanza oltre il termine dei 90 giorni, rileva come la Consulta non abbia in alcun modo inteso liberalizzare le tecniche di P.G.D., ancorandole, invece, a specifiche patologie, suscettibili di determinare rilevanti anomalie o malformazioni per il nascituro,

---

<sup>203</sup> A. Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, cit., p. 9 ss.

<sup>204</sup> G. Fattori, *Il rovesciamento delle norme della procreazione assistita*, cit., p. 158 ss.

<sup>205</sup> Art. 6 co. 1 l. 194/1978 «l'interruzione volontaria di gravidanza, dopo i primi novanta giorni, può essere praticata (...) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna».

che, pertanto, tendono a costituire *tertium comparationis* per la determinazione delle condizioni di accesso al suddetto accertamento diagnostico.

Si tratta di un punto molto importante della sentenza, che evidenzia come la Corte non abbia in alcun modo voluto assecondare ogni desiderio o volere dei futuri genitori, per selezionare *un figlio su misura* o “l’individuo migliore”<sup>206</sup>. La Corte, attraverso l’eliminazione del divieto di diagnosi genetica preimpianto per le coppie fertili, ma portatrici di malattie trasmissibili geneticamente, non ha inteso, quindi, riconoscere la sussistenza, a costituzionale, di un diritto «ad un figlio sano o perfetto»<sup>207</sup>, la cui prospettiva avrebbe potuto condurre a conseguenze ambigue e pericolose. Piuttosto, proseguendo nell’opera di censura delle scelte arbitrarie ed aprioristiche effettuate dal legislatore in materia di P.M.A., ha ricondotto il necessario bilanciamento degli interessi in gioco ad una tutela prioritaria del diritto alla salute della donna, ma anche dello stesso concepito, comunque non garantito dalle scelte legislative, che lo esponevano, infatti, al rischio di un possibile futuro aborto.

Tuttavia, è sembrato che la Corte, con tale pronuncia, abbia voluto in parte sconfessare quanto sancito nella precedente sentenza n. 162/2014, limitando il rispetto del diritto all’autodeterminazione – inteso come diritto della coppia a formare una famiglia – considerato elemento determinante ai fini della censura del divieto assoluto di fecondazione eterologa. In realtà, si può dire che l’aver posto attenzione sul diritto alla salute della donna, abbia costituito l’esito di un bilanciamento effettuato dalla Consulta, nel quale il diritto all’autodeterminazione, coerentemente con il nuovo equilibrio di valori che la Corte ha posto all’impianto della legge 40, ha trovato comunque riconoscimento – concepito, in tale caso, come diritto della coppia a «*non voler un figlio affetto dalla stessa patologia di cui è portatrice*» – ma anche delimitazione, attraverso il riferimento alle gravi patologie *ex art. 6*, legge n. 194/1978, cui viene subordinato l’accesso alla diagnosi genetica preimpianto<sup>208</sup>.

---

<sup>206</sup> A. Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, cit., p. 15 ss.

<sup>207</sup> La Corte Costituzionale, nel prospettare l’incostituzionalità del divieto di diagnosi genetica preimpianto, ha escluso il ricorso al parametro di cui all’art. 2 Cost., la cui violazione era stata prospettata dal giudice *a quo* nei termini di una lesione del diritto della coppia ad un figlio sano, preferendo perseguire la formula meno ambigua «dell’obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla patologia ereditaria di cui la coppia è portatrice».

<sup>208</sup> Si tratta di un ragionevole e necessario bilanciamento dei diritti ed interessi costituzionali coinvolti, che tiene conto anche dei rischi, sempre presenti, di degenerazioni eugenetiche, incompatibili con l’ordinamento costituzionale. Sul punto S. Penasa, *L’insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della*

La Corte, nel dichiarare l'incostituzionalità delle scelte legislative in materia di P.M.A., nell'ambito del sindacato sulla discrezionalità legislativa ad essa riconosciuto, non ha rinunciato ad inviare un chiaro monito al legislatore, chiamato espressamente ad intervenire, al fine di determinare le modalità di accesso alla diagnosi genetica preimpianto. Tuttavia, nel rivolgersi al legislatore, la Corte, contrariamente a quanto affermato nelle precedenti pronunce, non ha semplicemente richiamato la tradizionale formula del razionale bilanciamento degli interessi in gioco, da garantire con il futuro intervento legislativo, ma ha sostituito la clausola generale con la determinazione chiara e precisa degli ambiti in cui il legislatore dovrà intervenire, individuando gli elementi considerati essenziali ai fini della realizzazione del bilanciamento: individuazione delle patologie che possano giustificare l'accesso alle tecniche di P.M.A. alle coppie fertili e le relative procedure di accertamento, previsione delle opportune forme di autorizzazione e di controllo delle strutture abilitate ad effettuarle. La Corte, quindi, nel rispetto del principio della separazione dei poteri, consapevole del ruolo del legislatore nella individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze, ha rimesso alla discrezionalità legislativa la determinazione dei limiti e delle modalità di accesso a tale diagnosi, invitando il legislatore ad effettuare un intervento chiaro e preciso, attraverso l'emanazione di norme flessibili, che siano in grado, nel corso del tempo, di riempirsi di contenuti o di essere modificate, anche alla luce delle innovazioni e dei risultati raggiunti dalla ricerca medico-scientifica<sup>209</sup>.

---

*Corte Costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti rafforzati*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2015, p. 2 ss.

<sup>209</sup> Cfr S. Penasa, *op. ult. cit.* Sul punto, occorre evidenziare come le ricadute applicative della pronuncia della Corte non si siano fatte attendere. Ed, infatti, la Corte Costituzionale, con la sent. n. 229/2015, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, co. 3, lett. b), e co. 4, della l. 40/2004, nella parte in cui vieta, sanzionandola penalmente, la condotta selettiva del sanitario, volta ad evitare il trasferimento nell'utero della donna di embrioni che, a seguito della diagnosi preimpianto, siano risultati affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, co. 1 della l. 194/78, accertate da apposite strutture pubbliche. La Corte, quindi, coerentemente con le decisioni assunte in precedenza, esclude che possa configurare un'ipotesi di reato la selezione di embrioni nella procreazione assistita, finalizzata soltanto ad evitare di impiantare nell'utero della donna embrioni affetti da malattie genetiche ritenute gravi (ai sensi dell'art. 6, co. 1, lett. b), della l. 194/78).

Il punto centrale dell'*iter* argomentativo sviluppato dalla Corte, infatti, si sostanzia nell'affermazione secondo cui, a seguito di quanto sancito nella sentenza n. 96 del 2015, ed anche nella precedente pronuncia n. 151/2009, appare logica conseguenza non considerare (più) penalmente rilevante la condotta del sanitario volta a tutela della salute della donna e delle esigenze della coppia, ad effettuare la selezione degli embrioni, evitando di trasferire in utero quello malato.

## 5. La persistenza del divieto di donazione alla ricerca scientifica degli embrioni *soprannumerari*: la recente sentenza n. 84/2016.

La legge n. 40/2004 è, di recente, tornata al vaglio della Corte Costituzionale, la quale, con la sentenza n. 84/2016, ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità sollevata dal Tribunale di Firenze sul divieto assoluto di ricerca clinica e sperimentale dell'embrione, che non risulti finalizzata alla tutela dello stesso, previsto dall'art. 13 comma 1, 2, 3.

La questione prospettata innanzi al Giudice delle leggi, in realtà, ha riguardato non il divieto di ricerca sugli embrioni in sé, ma una situazione più circoscritta, relativa al trattamento degli embrioni c.d. *soprannumerari*, ossia degli embrioni crioconservati, non destinati all'impianto per scelta della coppia o per impossibilità accertata dal medico, perché malati o residuali a seguito di diagnosi genetica preimpianto<sup>210</sup>. A ben vedere, tale problematica è sorta proprio a seguito della pronuncia n. 151/2009, con la quale la Consulta, dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 14 della legge in materia di P.M.A., ha eliminato l'obbligo dell'unico e contemporaneo impianto e del numero massimo di embrioni da impiantare, nonché il divieto assoluto di crioconservazione degli embrioni, determinando una situazione non prevista originariamente dal legislatore, per l'appunto quella relativa al trattamento degli embrioni c.d. *soprannumerari*.

Considerando la persistenza del divieto di soppressione di tali embrioni, ribadito, peraltro, dalla stessa Consulta nella sentenza n. 229 del 2015, la questione sollevata dal Tribunale fiorentino ha rilevato, in assenza di una specifica regolamentazione circa l'utilizzo di tali embrioni, l'irragionevolezza della scelta legislativa di porre un divieto assoluto di ricerca, lesivo degli artt. 9, 33 Cost. inerenti la libertà della ricerca scientifica, nonché dell'art. 32 Cost. che tutela il diritto alla salute individuale e collettiva<sup>211</sup>.

La Corte, dichiarando l'inammissibilità delle questioni sollevate dal giudice *a quo*, ha segnato una prima battuta d'arresto nel processo di *restyling* giurisprudenziale dell'impianto della legge in materia di P.M.A., dalla stessa coraggiosamente avviato. Mantenendo il divieto di sperimentazione degli embrioni umani, la Consulta, in maniera del tutto contraddittoria con il percorso argomentativo delineato nelle decisioni assunte in

<sup>210</sup> M D'Amico, *La Corte Costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in *www.biodiritto.org*, n. 2/2016, p. 172 ss.

<sup>211</sup> V. Tigano, *De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla pma*, cit., 2014, p. 1 ss.

precedenza, si è astenuta dall'effettuare un qualsiasi bilanciamento degli interessi in conflitto, nell'ambito del sindacato sulla ragionevolezza ad essa riservato, grazie al quale, invece, in precedenza, ha censurato le scelte legislative, riscrivendo in maniera conforme al dettato costituzionale l'impianto della legge 40.

A ben vedere, le argomentazioni poste dalla Consulta a base della suddetta decisione possono essere ricondotte alla mancanza di *consenso* sulla questione sottoposta, inerente la scelta tragica tra il diritto alla vita dell'embrione e le esigenze della ricerca scientifica. Ricostruendo le molteplici posizioni etiche, sociali, biologiche in campo, riguardanti lo statuto e, conseguentemente, il destino degli embrioni, la Corte, in maniera forse eccessivamente sbrigativa e superficiale, ha dedotto la propria incompetenza ad adottare una decisione, considerando la necessità di non invadere il campo di competenza del legislatore. Invero, la stessa ha ritenuto che sia compito di quest'ultimo, «quale interprete della volontà della collettività», «tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra i valori fondamentali in conflitto», tenendo conto degli orientamenti e delle istanze maggiormente radicati nella coscienza sociale, concludendo che la scelta recata dalla normativa impugnata sia «[...] di così elevata discrezionalità, per i profili assiologici che la connotano, da sottrarsi per ciò stesso, al sindacato di questa Corte»<sup>212</sup>.

Eppure tali argomentazioni non sono apparse esaustive e neppure del tutto convincenti. Sul punto, infatti, non può non evidenziarsi come anche nelle decisioni adottate in precedenza in materia di P.M.A., sussistessero diverse impostazioni etiche, sociali, che comunque non hanno impedito alla Corte di esercitare, nel ruolo di custode della Costituzione ad essa affidato, un controllo sulla discrezionalità legislativa<sup>213</sup>. Richiamando tutte le argomentazioni poste a sostegno delle varie tesi in campo, la Corte è sembrata voler adottare una metodologia molto prudente, in contrasto, però, con l'atteggiamento assunto nelle precedenti pronunce.

Definendo tutte le questioni ad essa sottoposte come coperte da discrezionalità legislativa,

---

<sup>212</sup> Cfr. Punto 11 del *Considerato in diritto*.

<sup>213</sup> Invero, divisioni analoghe in merito allo statuto dell'embrione sussistevano anche prima della pronuncia della sent. n. 162/2014, con la quale la Corte ha cancellato uno dei profili essenziali della l.n. 40, ossia il divieto di fecondazione eterologa. Ancora, posizioni differenti sussistevano sulle potenzialità e i rischi dell'accesso alla diagnosi genetica preimpianto per le coppie non infertili o sterili, ma portatrici di malattie geneticamente trasmissibili. Del resto, le tematiche definite "eticamente sensibili" comportano inevitabilmente la presenza di impostazioni diverse, se non diametralmente opposte. Sul punto, si veda C. Casonato, *Sensibilità etica o orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte Costituzionale n. 84/2016*, in *www.biodiritto.org*, n. 2/2016, p. 159 ss.

la Corte, di fatto, ha escluso a priori un qualsiasi approfondimento volto alla individuazione dei principi costituzionali<sup>214</sup> che avrebbero potuto orientare il bilanciamento degli interessi in conflitto e condurre ad una sentenza diversa, se non per le conclusioni, quanto meno sotto il profilo argomentativo.

Invero, non appare chiara la ragione per cui il pur tragico conflitto tra la tutela dell'embrione e la libertà della ricerca scientifica debba necessariamente essere rimesso alla valutazione del Parlamento, e non anche quello inerente la tutela della vita *in fieri* e l'interesse alla salute della donna, o le esigenze della procreazione, o il diritto a divenire genitori; questioni, queste, rispetto alle quali la Corte, invece, ha deciso di esprimersi e prendere posizione, pur sussistendo, anche in tali casi, posizioni conflittuali, in ordine alla cui soluzione giuristi, scienziati e la stessa società civile sono ancora profondamente divisi<sup>215</sup>.

La Corte stavolta ha escluso di rivolgersi alla *scienza* al fine di esercitare un controllo sulla discrezionalità del legislatore, contrariamente a quanto fatto nelle precedenti pronunce. Invero, nelle recenti statuizioni in materia di P.M.A., la Consulta ha saputo riconoscere il giusto ruolo al medico/scienziato<sup>216</sup> e, attraverso il criterio della ragionevolezza, ha sindacato il bilanciamento degli interessi effettuato dal legislatore, censurandolo nei casi in cui non avesse garantito un «livello minimo di tutela» alla «pluralità di rilevanti interessi costituzionali coinvolti»,<sup>217</sup> e bilanciando razionalmente la tutela dell'embrione con le ulteriori esigenze inerenti il processo procreativo. Escludendo nel caso *de quo* un proprio intervento, la Consulta sembra paradossalmente aver voluto far rivivere quello spirito assolutista ed ideologico della legge 40, volto a garantire una tutela *a senso unico* dell'embrione, che, in passato, si era impegnata a censurare. Nel richiamare le argomentazioni poste a sostegno del divieto di sperimentazione, la Corte sembra quasi aver voluto riconoscere dignità assoluta all'embrione, per la prima volta *umanizzato*, arrivando a descrivere la relazione fra un embrione non utilizzabile e la coppia come quella fra *figlio*

---

<sup>214</sup> I parametri costituzionali, oggetto del possibile bilanciamento, si sarebbero potuti chiaramente individuare negli artt. 9 e 33 della Cost. che tutelano la ricerca scientifica, promuovendone un regime di libertà.

<sup>215</sup> G. Razzano, *Corte Costituzionale n. 84/2016 sulla tutela dell'embrione e l'interesse della ricerca scientifica? Una sentenza ispirata alla prudentia?*, in *www.biodiritto.org*, n. 2/2016, p. 232 ss.

<sup>216</sup> Corte cost., s.n. 151/2009, punto 6.1 del *Considerato in diritto*.

<sup>217</sup> Come sottolineato nella sentenza n. 45/2005 la normativa in materia di P.M.A. «coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa» esigenza, peraltro, già rilevata nella precedente pronuncia n. 347 del 1998.

e genitori<sup>218</sup>.

Eppure, anche volendo riconoscere una tutela prevalente all'embrione, la decisione assunta dal legislatore non appare razionale. Invero, c'è da chiedersi che garanzia sia quella di prevedere che quest'ultimo risulti abbandonato, in uno stato di crioconservazione, destinato a prolungarsi indefinitamente fino alla sua interruzione, con conseguente distruzione del prodotto della fecondazione. La Corte non sembra aver posto l'attenzione necessaria sul fatto che si tratti di embrioni per cui è sfumato ogni possibile sviluppo biologico, senza alcuna realistica possibilità di accrescimento<sup>219</sup>.

Pertanto, proprio perché trattasi di due forme diverse di distruzione, la Corte avrebbe dovuto valutare in maniera approfondita, attraverso il ricorso alla scienza, se la tutela predisposta per l'embrione dalla disposizione *de quo* fosse effettiva, o solo virtuale e, conseguentemente, se la lesione delle esigenze proprie della ricerca scientifica fosse giustificata dalla necessità di tutelare altri interessi costituzionalmente rilevanti.

Ad ulteriore conferma della contraddittorietà della decisione in commento e della mancanza di argomentazioni convincenti a suo sostegno, si evidenzia, inoltre, come la Consulta abbia dimenticato che in Italia, al pari di altri ordinamenti europei, è possibile la ricerca su linee cellulari importate dall'estero. Pertanto, se alla base del divieto di sperimentazione vi è il rispetto della dignità dell'embrione, non appare comprensibile la ragione per cui ammettere la ricerca sugli embrioni stranieri, concependo per quest'ultimi quasi una tutela, e quindi una dignità, inferiore.

A sostegno delle proprie ragioni, la Corte ha richiamato, poi, impropriamente la recente pronuncia della Corte EDU sul caso *Parrillo c. Italia*, al fine di rimarcare l'intangibilità delle scelte fatte dal legislatore di tutelare in via assoluta la dignità dell'embrione, a discapito della libertà della ricerca scientifica. Eppure, a ben vedere, il riferimento a tale

---

<sup>218</sup> Punto 10.2 del *Considerato in diritto*. Cfr. M. D'Amico, *La Corte Costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, cit., p. 174. Sul punto si evidenzia, poi, come tale considerazione si ponga chiaramente in contrasto con quanto statuito in precedenti sentenze della Corte, quali ad esempio la fondamentale pronuncia n. 27 del 1975, ove, sull'eventuale conflitto tra il diritto alla vita del concepito e alla tutela della salute della donna, la Corte Costituzionale aveva rilevato come non esistesse «equivalenza tra il diritto non solo alla vita, ma anche alla salute propria di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare» e che «l'interesse costituzionalmente protetto relativo al concepito può venire in collisione con altri beni che godano pur essi di tutela costituzionale, e che di conseguenza la legge non può dare al primo una prevalenza totale ed assoluta, negando ai secondi adeguata protezione».

<sup>219</sup> Si tratta, invero, di zigoti, morule, blastocisti, congelati entro le prime ore, o al massimo entro sei giorni dalla fecondazione, e che, pertanto, non hanno alcuna possibilità di ulteriore sviluppo.

pronuncia non appare del tutto pertinente, posto che i valori in gioco nel giudizio innanzi alla Corte costituzionale, inerenti la dignità dell'embrione e la libertà della ricerca scientifica, risultano differenti da quelli posti in discussioni innanzi alla Corte EDU (ossia il rispetto della vita privata dei genitori, come diritto limitato dalla normativa nazionale<sup>220</sup>). La Corte, quindi, al fine di evitare una decisione in merito, ha rinviato alla discrezionalità legislativa, svalutando, così, la portata delle decisioni precedentemente assunte in materia di P.M.A. Il richiamo al principio della separazione dei poteri non è apparso, infatti, convincente, considerando anche come la Consulta, consapevole del suo ruolo di garante della Costituzione, abbia sempre rivendicato con fermezza la propria competenza a sindacare la compatibilità di disposizioni di leggi o atti normativi con i parametri costituzionali, anche laddove da tali interventi potessero discendere eventuali lacune o vuoti normativi<sup>221</sup>. Pertanto, il Giudice delle leggi, utilizzando i parametri costituzionali di cui agli artt. 9 e 33 Cost., avrebbe potuto entrare nel merito del bilanciamento degli interessi effettuato dal legislatore e, come peraltro già effettuato in passato, adottare una sentenza manipolativa, demandando, ad esempio, la scelta circa la donazione degli embrioni ad una valutazione congiunta dei medici e dei genitori. Attraverso il ricorso ad una pronuncia di inammissibilità, invece, la Corte ha lasciato le scelte interamente nelle mani del legislatore, contrapponendo fermamente la tutela dell'embrione, considerato *vita* a tutti gli effetti, alla libertà della ricerca e del progresso scientifico, valori quasi *decostituzionalizzati* dall'atteggiamento *self restraint* assunto dalla Consulta<sup>222</sup>. Invero, la Corte, con tale decisione, ha evitato di incidere su un ulteriore punto fortemente discusso della legge 40, facendo un notevole passo indietro rispetto al lavoro coraggioso ed innovativo degli anni precedenti, volto a trasformare i contenuti e l'equilibrio dei valori sottesi alla normativa in

---

<sup>220</sup> V. Tigano, *De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla pma*, cit., p. 10 ss. Anche sotto tale profilo, non può non essere evidenziata, poi, la contraddittorietà del ragionamento della Corte rispetto a quanto statuito nella recente sent. n. 49/2015, con la quale la Consulta, rivedendo i rapporti intercorrenti tra la giurisprudenza interna e quella sovranazionale, ha affermato come il giudice costituzionale non sia vincolato a qualsiasi decisione della Corte europea. Al contrario, nella decisione in commento, smentendo quanto precedentemente affermato, il giudice delle leggi richiama espressamente alcune statuizioni e affermazioni contenute nella sentenza Parrillo, considerandole quali principi vincolanti, da dover rispettare nella propria decisione.

<sup>221</sup> Corte cost., s.n. 162/2014: «Una volta accertato che una norma primaria si pone in contrasto con parametri costituzionali, questa Corte non può, dunque, sottrarsi al proprio potere-dovere di porvi rimedio e deve dichiararne l'illegittimità, essendo poi compito del legislatore introdurre apposite disposizioni' allo scopo di eliminare le eventuali lacune che non possano essere colmate mediante gli ordinari strumenti interpretativi dai giudici ed anche dalla pubblica amministrazione, qualora ciò sia ammissibile».

<sup>222</sup> Sul punto si veda C. Casonato, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte Costituzionale n. 84/2016*, cit., p. 168 ss.

materia di PMA.

## 6. Considerazioni conclusive.

Ancora una volta, come spesso è accaduto nel nostro ordinamento nella regolamentazione di questioni *eticamente sensibili*, così come è stato fondamentale il ruolo della giurisprudenza per arrivare all'adozione di una normativa che potesse garantire tutela "ad un campo troppo vasto di diritti negati"<sup>223</sup>, altrettanto decisivo è risultato il contributo dei giudici per la sua trasformazione.

Invero, dal 2004, anno di emanazione della legge 40, gli interventi della giurisprudenza costituzionale<sup>224</sup> hanno indotto una vera e propria metamorfosi della struttura e delle norme in materia di P.M.A., sconfessando le scelte originariamente effettuate dalla politica. La Corte, avvalendosi delle tecniche di bilanciamento dei diritti ed interessi coinvolti, mediante l'utilizzo dei canoni della ragionevolezza e della proporzionalità, ha consentito alla normativa in materia di P.M.A. di perdere (in parte) quel carattere confessionale e assolutista e di acquisire un volto compatibile con i principi di uno Stato laico e pluralista. Tuttavia, la Corte, consapevole di muoversi nell'ambito di una «legge costituzionalmente necessaria»<sup>225</sup>, nella sua stessa giurisprudenza ha ribadito la necessità di un intervento del legislatore nelle questioni bioetiche<sup>226</sup>, particolarmente in quelle concernenti l'inizio vita, ove molteplici sono gli interessi costituzionali in rilievo. Scongiurato, pertanto, il rischio di un pericoloso vuoto legislativo e di una totale libertà delle scelte individuali nelle questioni di inizio vita, l'analisi delle pronunce emanate dalla Corte ha evidenziato come l'intervento legislativo, pur necessario, debba essere effettuato con *metodo*, evitando scelte

<sup>223</sup> M. D'Amico, *La Corte Costituzionale chiude la porta agli scienziati*, cit., p. 181.

<sup>224</sup> Oltre al ruolo fondamentale della Corte costituzionale, appare necessario evidenziare il contributo decisivo fornito dalle Corti sovranazionali e dai giudici comuni, i quali, ove non hanno potuto fornire interpretazioni costituzionalmente orientate delle disposizioni della l. 40/2004, ne hanno evidenziando i profili di illegittimità, sollevando i relativi incidenti di costituzionalità.

<sup>225</sup> La Consulta, nella sentenza n. 45/2005, ha dichiarato inammissibile il quesito referendario volto all'abrogazione dell'intera l. 40/2004, attribuendo a tale normativa la qualifica di legge costituzionalmente necessaria, ossia di «legge ordinaria, la cui eliminazione ad opera del referendum, priverebbe di una tutela minima situazioni che tale tutela esigono secondo la Costituzione».

<sup>226</sup> Eppure, molti Autori si sono chiesti se effettivamente la legge 40, nel suo complesso, con le sue criticità, possa garantire un livello minimo di tutela superiore rispetto a quello comunque previsto in assenza di una qualsiasi regolamentazione giuridica. Al riguardo si veda A. Ruggieri, *Tutela minima di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e... sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita (nota "a prima lettura" di Corte Cost. nn. 45-49 del 2005)*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

troppo radicali, che prevedano l'imposizione di divieti assoluti e stringenti limiti oggettivi e soggettivi, lesivi del pluralismo e della libertà di autodeterminazione degli individui.

La Corte, pertanto, pur ribadendo il suo ruolo di garante della ragionevolezza delle scelte legislative, ben consapevole dei rischi connessi alla figura di un Giudice *legiferante*, più volte ha inviato moniti al legislatore, volti a sollecitare un nuovo intervento in materia di P.M.A, fissando paletti chiari e precisi all'esercizio della discrezionalità legislativa<sup>227</sup>. Ed, infatti, la Corte è apparsa sempre ben consapevole, nel rispetto del principio della separazione dei poteri, di come la determinazione dei limiti, delle modalità d'intervento, nonché delle garanzie da prevedere, fossero ambiti rimessi necessariamente alla discrezionalità del legislatore, non avendo la disciplina sulla P.M.A. anche un contenuto *costituzionalmente vincolato*.

A ben vedere, a seguito del *restyling* operato dalla Corte, del nuovo equilibrio di valori posto a base dell'impianto della legge sulla PMA, un nuovo intervento legislativo sembrerebbe più che necessario, se non doveroso. L'iniziativa del Parlamento, infatti, consentirebbe di completare il lavoro svolto dalla Consulta, al fine sia di disciplinare aspetti sicuramente sottratti al sindacato del Giudice delle leggi, sia di modificare, se non abrogare, disposizioni che, ormai, appaiono retaggio del vecchio spirito assolutista della legge 40 e che, pertanto, non hanno più ragione di esistere. Invero, sembrerebbe necessario incidere sulla irrevocabilità del consenso, sancita dall'art 6, comma 3, disposizione più volte sottoposta allo scrutinio del Giudice delle leggi, e su cui la Corte, non sempre in maniera ragionevole, ha evitato di incidere<sup>228</sup>.

C'è da chiedersi, poi, anche alla luce dei principi espressi con fermezza dalla più recente giurisprudenza di merito e di legittimità, volti quasi a sancire un riconoscimento definitivo delle famiglie omogenitoriali<sup>229</sup>, se non sia necessario iniziare quantomeno a discutere

---

<sup>227</sup> Ad esempio, nella sent. n. 96/2015 in materia di P.G.D., la Corte ha chiamato espressamente il legislatore ad intervenire, al fine di determinare le modalità di accesso alla diagnosi genetica preimpianto.

<sup>228</sup> Nonostante prevalgano diverse soluzioni interpretative, volte ad escludere l'applicabilità dell'art. 6 comma 3, la Corte ha evitato, anche nell'ultima sentenza n. 84/2016, di fornire un'interpretazione chiarificatrice della norma, che avrebbe potuto eliminare in via definitiva dubbi sulla sua legittimità costituzionale, sancendo l'inesistenza di un obbligo giuridico di trasferimento dell'embrione. Sul punto si veda V. Tigano, *De dignitate non disputandum est? la decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla pma*, cit., p. 7 ss.

<sup>229</sup> Le più importanti pronunce dei giudici europei e nazionali in materia di filiazione si sono basate sulla valutazione del concreto legame affettivo familiare e, avendo come prioritario punto di riferimento l'interesse del minore, hanno messo in discussione il principio necessariamente biologico del carattere di filiazione, tutelando l'unione omosessuale sulla base del riferimento all'art. 2 Cost., precisando che la nozione di formazione sociale debba essere intesa come inclusiva di ogni forma di comunità idonea a consentire il libero

dell'accesso alle tecniche di P.M.A. ai *singles* o alle coppie *same sex*. Più difficile ipotizzare che possa essere messo in discussione il divieto di maternità surrogata, ribadito, invece, anche nelle più recenti pronunce della Corte<sup>230</sup>.

Al di là delle soluzioni legislative ipotizzabili, ciò che occorre evidenziare è come la Corte abbia fatto emergere con chiarezza dalle sue pronunce quale sia la strada da percorrere per la regolamentazione ragionevole di materie profondamente sensibili, come quelle relative alla P.M.A., ossia il *quomodo* dei futuri e possibili interventi del Parlamento.

I principi espressi dalla Corte, nelle varie pronunce, volti a censurare le scelte del legislatore del 2004, hanno mostrato come, ragionando dei diritti che vengono in rilievo nelle diverse fattispecie relative alla P.M.A., non possano essere predisposte gerarchie e classificazioni aprioristiche ed immobili, ma come il legislatore debba avvalersi delle *tecniche di bilanciamento*, quale criterio principale di composizione degli interessi contrapposti, in grado di garantire quel necessario *livello minimo di tutela* ad ognuno di essi. Ciò chiaramente impone di tener conto che la tutela del concepito possa e debba prevalere in molti casi, ma che altrettanto debba *soccombere* in altri, soprattutto allorquando si tratti di tutelare gli interessi di soggetti *già esistenti*, quali ad esempio la salute psico-fisica della madre, principio già espresso nella sentenza n. 27/1975, e ribadito con fermezza nelle ulteriori pronunce della Corte in materia di P.M.A.

Lo strumento indispensabile, quindi, per completare l'opera di *laicizzazione* e riscrittura della legge sulla P.M.A. viene individuato nel principio della proporzionalità e ragionevolezza. E' questo il *metodo* che la Corte suggerisce al legislatore, al fine di ricondurre il dibattito politico inerente le questioni bioetiche, all'emanazione di una disciplina che possa evitare di essere nuovamente esposta a censure di incostituzionalità, e che sappia, invece, muoversi nel rispetto di tutti gli interessi costituzionali coinvolti,

---

sviluppo della persona, nella vita di relazione, anche dell'unione omosessuale (Corte cost., s.n. 138/2010). Le recenti pronunce in materia pongono, quindi, la necessità di rivedere anche il comma 20 della l.n. 76/2016 (c.d. *legge Cirinnà*) in materia di unioni civili, il quale esclude l'applicabilità della disciplina sull'adozione (L. 1983 n. 184) alle unioni civili, eliminando, almeno normativamente, il riferimento alla cd. *stepchild adoption*.

<sup>230</sup> Tale divieto, infatti, è stato indirettamente ribadito anche nella recente sentenza n. 272 del 18 dicembre 2017, a mezzo della quale la Corte ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata sull'art. 263 del c.c., rilevando che il giudice chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione del riconoscimento del figlio naturale concepito attraverso la surrogazione di maternità è sempre tenuto a valutare, in modo comparativo, l'interesse alla verità e quello del minore, ribadendo l'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento collega alla surrogazione di maternità, la quale «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane».

attraverso strumenti “proporzionati, all’obiettivo e all’interesse tutelato dal legislatore stesso”<sup>231</sup>.

Invero, ciò che emerge con evidenza dalle statuizioni del Giudice delle leggi è che il ricorso al principio della ragionevolezza, in ambiti connotati da un’ampia discrezionalità legislativa, impone di realizzare un bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti «con modalità tali da non determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva», al fine di delineare una disciplina che sia compatibile con il dettato costituzionale<sup>232</sup>. Disciplina che, pertanto, dovrà necessariamente essere *leggera*, flessibile, *a maglie larghe*, “frutto di una mediazione alta tra le varie posizioni in campo”<sup>233</sup>; che necessariamente dovrà rifuggire dall’obiettivo di voler disciplinare minuziosamente ogni condotta bioeticamente rilevante, di tradurre l’etica o la morale in fattispecie normative vincolanti *erga omnes*, che tenda ad evitare la previsione di limiti assoluti e generali, frutto di una visione paternalistica dello Stato, volti ad imporre ai consociati una determinata visione valoriale, compromettendo inesorabilmente ed illegittimamente uno dei termini del bilanciamento.

**Abstract:** La legge 40/2004, disciplinante il fenomeno della procreazione medicalmente assistita, ha rappresentato una delle normative più controverse dell’ultimo decennio, riaccendendo l’annoso dibattito sul complesso rapporto tra scienza, diritto e persona.

Il carattere fortemente repressivo della legge ha determinato la necessità di un’ incisiva opera di trasformazione della stessa da parte della giurisprudenza, in particolar modo attraverso le pronunce della Corte costituzionale, le quali hanno letteralmente riscritto l’impianto della legge 40.

Nel presente lavoro, si è ripercorso l’evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia, evidenziando il percorso argomentativo delineato nelle varie sentenze pronunciate dalla Corte, incentrato sul richiamo ai principi di *proporzionalità* e *ragionevolezza*, attraverso i quali, la Corte ha consentito alla normativa in materia di PMA di garantire il necessario bilanciamento di tutti gli interessi costituzionali coinvolti, inviando un chiaro

---

<sup>231</sup> A. Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, cit., p. 25 ss.

<sup>232</sup> Principio espresso chiaramente in Corte cost., s.n. 1/2014 nel punto 3.1 del *Considerato in diritto*, nonché nella precedente pronuncia della Corte cost., s.n. 1130/1988.

<sup>233</sup> P. Veronesi, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita alla prova dei giudici e della Corte Costituzionale*, in *Quad. Cost.*, 2004, p. 540 ss.

monito al legislatore anche per i futuri e necessari interventi in materia di procreazione assistita.

**Abstract:** Law 40/2004, which sets the phenomenon of medically assisted procreation (MAP), has represented one of most controversial regulations of the last decade, igniting the long-standing debate on the complex relationship between science, law and person. The strongly repressive character of the law has determined need of an incisive work of transformation of it, carried out by the jurisprudence of the Constitutional Court, which has literally rewritten the structure of law 40.

This work has analyzed the evolution of the constitutional jurisprudence on law 40, highlighting the argumentative route outlined in the various sentences pronounced by the Court, focusing on the principles of “proportionality” and “reasonableness”, through which the Court allowed the legislation on MAP to guarantee the necessary balancing of all constitutional interests involved, sending a clear message to the Parliament, also for the future and necessary legislative works on assisted reproduction.

**Parole chiave:** PMA – embrione umano – scienza – diritto - Corte Costituzionale – bilanciamento degli interessi – proporzionalità – ragionevolezza.

**Key words:** medically assisted procreation – embryo - science – law – Constitutional Court – balancing of interests – proportionality – reasonableness.

## **RUOLI E RESPONSABILITÀ DELL'OPERATORE GIURIDICO NEL CONTESTO DEL DIRITTO GLOBALE. L'IPOTESI DEL RICONOSCIMENTO COSTITUZIONALE DELLA FIGURA DELL'AVVOCATO\*.**

di Luca Longhi\*\*

**Sommario.**1. Premessa. Le metamorfosi del diritto: dalla mediazione del legislatore a quella della giurisprudenza. 2. Quasi una nemesi: privatizzazione della giustizia e *défaillance* della giurisdizione. 3. Per un riconoscimento costituzionale delle responsabilità dell'avvocato nei nuovi cicli di produzione del diritto vivente. 4. A mo' di conclusioni. La transizione verso l'*ignoto* e gli orizzonti futuri del giurista.

### **1. Premessa. Le metamorfosi del diritto: dalla mediazione del legislatore a quella della giurisprudenza.**

Le metamorfosi subite dal diritto pubblico degli ultimi decenni<sup>234</sup> – sulle quali si avrà modo di soffermarsi in questa sede – hanno prodotto effetti del tutto sorprendenti nello scenario giuridico, infrangendo schemi e categorie tradizionali e sovvertendo spesso equilibri consolidati.

Non è certo una novità, ad esempio, che, fin dall'avvento dello Stato costituzionale, il giudice abbia reclamato sempre più spazi nell'opera di creazione del diritto, erodendo l'antico primato del legislatore (*ius condere*)<sup>235</sup>.

Eppure, nel quadro dello Stato costituzionale e in quello ancor più fluido del diritto globale (oltre, cioè, i confini della sovranità statale), l'operatore giuridico è viepiù chiamato ad uno sforzo rivolto ad una costruzione rigorosa del campo di indagine del diritto, al riparo dai rischi di arbitrarietà che pure si celano in un sistema di principi ad applicazione

---

\* Sottoposto a referaggio.

\*\* Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico, Università Telematica Pegaso.

<sup>234</sup> Per una ricostruzione delle trasformazioni del diritto pubblico nell'arco dei decenni, si veda A. Lucarelli, *Costituzione e diritto pubblico dal liberalismo autoritario allo Stato sociale*, in *Quale Stato*, 1-2/2008, pp. 227 ss., ora in Id., *La democrazia dei beni comuni. Nuove frontiere del diritto pubblico*, Roma-Bari, 2013.

<sup>235</sup> Sull'argomento si veda da ultimo S. Staiano, *In tema di teoria e ideologia del giudice legislatore*, in *www.federalismi.it*, 12 settembre 2018, *passim*.

differita<sup>236</sup>.

È necessario che il giurista affermi con forza ancora maggiore la propria vocazione/aspirazione alla certezza, pur all'interno di un panorama spesso caratterizzato da *caos* normativi e *disorientamenti* giurisprudenziali.

L'ambizione alla certezza non può mirare, evidentemente, a conferire all'ordinamento giuridico la medesima perfezione e simmetria delle scienze esatte, essendo il diritto il regno dell'interpretazione e della soggettività per definizione<sup>237</sup>. Tuttavia, l'idea che di principi ad attuazione differita possa farsi interprete un sol uomo, piegando la legge a prospettive *incalcolabili*<sup>238</sup>, *asseritamente* costituzionali, costituisce in astratto un atto di *hybris* che invoca pur sempre una limitazione da parte dell'ordinamento (si è parlato di «intuizionismo dei valori»<sup>239</sup> o «profetismo giuridico»<sup>240</sup>)<sup>241</sup>.

È qui che risiede il più volte evocato problema della cd. legittimazione democratica della giurisdizione<sup>242</sup>, ovverosia del controllo di quest'ultima (nel rispetto, beninteso, delle prerogative di autonomia e indipendenza) e della sua riconduzione nei binari della sovranità popolare.

In particolare, alla luce della crisi della legge, quale deve essere la latitudine dei poteri (*rectius*, del campo di azione) del giudice? Quale il fondamento della possibilità di farsi portavoce (*viva vox legis*) di valori e concetti condivisi nella comunità dello Stato costituzionale (si pensi al buon costume, alla ragionevolezza o ai delicati temi continuamente offerti dalla bioetica)?

Ed invero, gli spazi di manovra per il giudicante si dilatano non solo per l'avvenuta instaurazione dello Stato costituzionale in quanto tale, ma anche per l'affermazione di quello che è stato definito diritto flessibile o elastico, con gli effetti che esso comporta: in primo luogo, l'«indebito spostamento del potere di decisione dal legislativo al

<sup>236</sup> N. Irti, *Νόμος e Lex (Stato di diritto come Stato della legge)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 589 ss.

<sup>237</sup> Cfr. M. Ainis, *Le parole della Costituzione*, Napoli, 2014, *passim*.

<sup>238</sup> L'espressione è ripresa da N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016. Sul tema, si veda anche A. Lucarelli, *Nuovi modelli di incalcolabilità del diritto*, in A. Apostoli e M. Gorlani (a cura di), *Crisi della giustizia e (in)certeza del diritto* (Atti del Convegno del Gruppo di Pisa, Brescia 24 novembre 2017), Napoli, 2018, pp. 123 ss.

<sup>239</sup> N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 28.

<sup>240</sup> *Ibidem*, riprendendo le parole di M. Weber.

<sup>241</sup> Sul problema, si rinvia alle illuminanti pagine di L. Mengoni, *Diritto e valori*, Bologna, 1985.

<sup>242</sup> Tale espressione la si ritrova, ad es., in R. Romboli, *La nuova disciplina ed il ruolo del giudice oggi*, in *Foro it.*, 2006, p. 51.

giudiziario»<sup>243</sup> in relazione a una molteplicità di fattispecie aperte contemplate dall'ordinamento (clausole generali, principi generali, principi giurisprudenziali, principi universali, ecc.)<sup>244</sup>.

Una tendenza che rischia di sostanziarsi nella sostituzione della *ratio iudicis* alla *ratio legis* nel quotidiano esercizio dell'attività di applicazione delle norme giuridiche<sup>245</sup>.

Il proliferare di queste situazioni flessibili è da ricondurre altresì alla decodificazione<sup>246</sup> e, più in generale, alla vaghezza linguistica che sempre più di frequente contraddistingue i testi legislativi (*optima lex est quae minimum relinquit arbitrio iudicis*<sup>247</sup>).

Ecco perché il diritto impone una costruzione rigorosa, un'incessante ricerca della certezza e dell'equità<sup>248</sup>, benché in esso si annidino, per la sua stessa natura, l'incertezza, l'*alea* e la naturale tentazione dell'uomo a cedere al libero arbitrio<sup>249</sup>.

Non è un caso, del resto, che tra le virtù dell'interprete debba poter esservi la prudenza e persino l'umiltà – elementi che fanno parte del bagaglio etico anche del buon cristiano, ma anche, più in generale, del *vir bonus*<sup>250</sup> – e che dovrebbero sconsigliarne quegli eccessi di protagonismo nella scena pubblica cui è talora capitato di assistere nell'ultimo periodo.

La mediazione degli interessi e il loro contemperamento con l'interesse generale richiesti all'attività giurisdizionale postulano proprio il ricorso a criteri e canoni di comportamento (buona fede, diligenza, ragionevolezza; cfr. art. 1 d.lgs. n. 109/2006, art. 116 c.p.c.), tali da definire anche un profilo etico-morale del giudice-interprete<sup>251</sup>.

La sfida della certezza, cui si faceva richiamo sopra, non può ammettere ripiegamenti nel nome di un ulteriore ampliamento dei poteri dell'interprete, che deve poter vedere la propria azione contenuta entro limiti ben precisi (legge sostanziale, legge processuale,

<sup>243</sup> S. Rodotà, *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, in A. Orestano (a cura di), *Lezioni sul contratto*, Torino, 2009, p. 97.

<sup>244</sup> S. Patti, *La ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2012, pp. 16 ss.

<sup>245</sup> Suggestione ricavata dalla lettura di F.D. Busnelli, *Diritto giurisprudenziale e responsabilità civile*, Napoli, 2007.

<sup>246</sup> Il richiamo è al fondamentale N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979.

<sup>247</sup> Cfr. F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto* (1942), Milano, ed. 1968, p. 124.

<sup>248</sup> Ancorché i due termini siano stati spesso considerati antinomici. Si vedano le considerazioni di F. Lopez de Oñate, cit., pp. 158 ss., sul contrasto tra giustizia equa e giustizia certa e sulla pretesa antinomia tra legalità ed equità.

<sup>249</sup> N. Coviello, *Manuale di diritto civile italiano*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 1924, p. 10, cit. in F. Lopez de Oñate, cit., p. 123, affermava che il diritto importa «esclusione di arbitrio individuale».

<sup>250</sup> Sul profilo etico-morale del giudice si vedano le mirabili pagine contenute in P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, ed. 1989.

<sup>251</sup> Sull'argomento sia consentito rinviare a L. Longhi, *Studio sulla responsabilità disciplinare dei magistrati*, Napoli, 2017.

obbligo di motivazione: vedi rispettivamente artt. 101, co. 2; 111, co. 1 e co. 6 Cost.).

La risposta non può che provenire anche da un rafforzamento della dimensione etica *lato sensu* intesa, che tragga origine dai doveri costituzionali (disciplina, onore, solidarietà).

Il diritto disciplinare (quello dei magistrati, *in primis*) deve rappresentare l'ambito di elezione nel quale fare valere, ad esempio, in una prospettiva di effettività, le accresciute responsabilità dei magistrati, interpreti qualificati della norma giuridica.

La valorizzazione dei doveri e del diritto disciplinare (da non interpretarsi unicamente come diritto punitivo), per gli attori a vario titolo coinvolti nel diritto vivente (magistrati, avvocati, arbitri), può costituire una prima risposta efficace al problema.

Non desti particolare meraviglia, infine, il fatto che nel presente contributo si farà richiamo alle lezioni di giuristi di diverse estrazioni, in molti casi operanti fuori dell'ambito del diritto costituzionale (benché sia, evidentemente, ingenuo pensare di limitare l'impatto dottrinale di Maestri assoluti entro confini rigidi).

Il motivo di tali riferimenti obbligati risiede innanzitutto nella circostanza che problemi fondativi come quello della certezza del diritto devono rappresentare una preoccupazione (se non addirittura un'*ossessione*) costante per l'operatore giuridico, indipendentemente dal settore di appartenenza, viste le implicazioni e le ricadute di carattere pratico che dalla valutazione di tale principio certamente discendono.

In via preliminare, giova precisare che il ricorso alle espressioni sopra utilizzate (crisi, *défaillance*, ecc.) non vuole necessariamente configurare una cornice fosca né tantomeno inneggiare alla «morte del diritto»<sup>252</sup> (ce ne guarderemmo bene, da cultori della materia): l'obiettivo della presente argomentazione vuole più modestamente consistere nell'osservazione di nuovi itinerari costituzionali in tema di giustizia, partendo dal presupposto che ogni *crisi* postula una trasformazione e una certa idea di crescita<sup>253</sup>, una «perenne posizione di problemi e perenne soluzione di essi»<sup>254</sup>.

<sup>252</sup> Per citare il titolo del celebre saggio di F. Carnelutti, in AA.VV., *La crisi del diritto*, Padova, 1953.

<sup>253</sup> F. Carnelutti, *La morte del diritto*, cit., p. 183, sottolineava la parentela, nell'etimo greco, con l'idea di *giudizio* (da κρίνω, giudicare), evidenziando, in tal modo, un che di risolutivo nella crisi («un nodo che si scioglie, un'illusione che svanisce, una verità che si conquista»).

<sup>254</sup> Così F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, cit., p. 37.

## 2. Quasi una nemesi: privatizzazione della giustizia e *défaillance* della giurisdizione.

Nel paragrafo precedente si è fatto riferimento alla crisi della legge che avrebbe favorito l'aumento del peso specifico della magistratura anche e soprattutto in relazione al ruolo di supplenza legislativa, da questa a varie riprese rivendicato nel corso dei decenni.

Si tratta di una tendenza abbondantemente esaminata dalla dottrina negli ultimi quarant'anni almeno, da quando, cioè, nella magistratura si era andata affermando una corrente orientata a voler dare attuazione diretta ai principi contenuti nella Carta costituzionale, piegando ad essa, in funzione ordinante e costruttiva, l'interpretazione della legge (cd. *giurisprudenza alternativa*<sup>255</sup>).

Questione diversa dal rafforzamento del peso sociale della magistratura – e forse meno esplorata – è quella inerente alla crisi della *giustizia*, indotta da molteplici fattori, tra i quali vanno annoverati, a vario titolo, il gravoso carico giudiziario, l'inidoneità delle strutture e delle risorse disponibili, la disorganizzazione degli uffici, le carenze di organico, l'indolenza e l'inefficienza di una parte della magistratura, la conflittualità della classe forense, le pecche della legislazione sostanziale e processuale e i conseguenti effetti sui tempi della giustizia<sup>256</sup>.

Più raramente, invece, si è sottolineata la recente tendenza che vede il giudice, accresciuto nei propri poteri (*lato sensu* intesi) e nel prestigio sociale per effetto dei processi appena osservati, soccombere dinanzi alla perdita di statualità delle funzioni giurisdizionali nel contesto del cd. diritto globale: quasi una nemesi per quella pretesa di supplenza manifestata nei confronti del legislatore(!).

Proprio l'affermarsi di una fitta rete di rapporti economici e finanziari che travalicano abitualmente i confini statuali ha fatto sì che un vasto novero di questioni venga deciso

---

<sup>255</sup> Sull'idea che i magistrati siano portatori di un indirizzo politico e sulla c.d. giurisprudenza alternativa, orientata alla promozione di valori costituzionali in sede di applicazione del diritto (interpretazione evolutiva), si veda G. Maranini, *Funzione giurisdizionale ed indirizzo politico nella Costituzione*, in *Atti XII Congresso nazionale magistrati italiani* (Gardone Riviera, 25-28 settembre 1965), Roma, 1966, pp. 7 ss. Il Congresso di Gardone fu la sede nella quale emerse con prepotenza una nuova concezione del ruolo del giudice, contrapposta alla tradizionale visione di mero «custode della legge», nonché una nuova visione della funzione giurisdizionale stessa, concepita come funzione «ordinante e costruttiva» e non già servente rispetto alla funzione legislativa.

<sup>256</sup> In questi termini, C.F. Grosso, *Processo giusto e processo ingiusto fra legislazione e prassi giudiziarie*, Napoli, 2015, p. 70, che parla di «degrado dell'attività giudiziaria».

oramai in nuove sedi, sottratte ai modelli e ai luoghi tradizionali di amministrazione della giustizia (cfr. art. 102 Cost.).

Ed anzi, la costituzione di queste nuove sedi giudiziarie trascende spesso finanche le istituzioni sovranazionali, occupando nuovi spazi giuridici riconducibili a tutti gli effetti al diritto privato (in forma, ad esempio, di organismi arbitrali), definiti dalle evoluzioni della *lex mercatoria*.

Si realizza, in tal modo, una vera e propria *privatizzazione* della giustizia<sup>257</sup>, ultimo (per ora) approdo dei processi di globalizzazione e del «disarmo» del diritto pubblico tradizionale<sup>258</sup>, che trovava nel concetto di sovranità uno dei propri primissimi capisaldi.

Da altro punto di vista, accanto alla rottura del mito della cd. *scaturigine* statale del diritto<sup>259</sup> (corollario dell'idea stessa di sovranità), occorre riflettere proprio sulla potenziale perdita di centralità del ruolo del giudice determinata dalla progressiva delocalizzazione della giurisdizione in sede arbitrale (in ambito nazionale e, soprattutto, transnazionale) e sui correlativi rischi di involuzione della civiltà giuridica.

Tale effetto può essere considerato anche come il prodotto del compiuto superamento (in termini di potere economico) delle società per azioni nei confronti degli Stati, con la conseguente instaurazione di un diverso sistema di regole e priorità<sup>260</sup>, fin oltre il limite della concorrenza tra gli ordinamenti<sup>261</sup>.

Si impone così una nuova forma di sovranità, la sovranità delle *corporation*, persone inanimate (finzioni giuridiche), *irresponsabili* per definizione<sup>262</sup>.

Si potrebbe, altresì, parlare, in una certa misura, di *resa* del diritto, nel senso dell'antico primato della sovranità statale, di fronte agli sviluppi multiformi del mercato, da intendersi come insieme dei comportamenti degli attori economici o, se si preferisce, di resa del pubblico di fronte alle ragioni del privato<sup>263</sup>.

---

<sup>257</sup> M.R. Ferrarese, *Il puzzle della privatizzazione giuridica e l'economia politica. Il caso degli arbitrati in materia di investimenti esteri*, Napoli, 2017, *passim*. Sull'argomento, si veda anche A. Lucarelli, *Nuovi modelli di incalcolabilità del diritto*, cit.

<sup>258</sup> In questi termini, A. Lucarelli, *Costituzione e diritto pubblico dal liberalismo autoritario allo Stato sociale*, cit., nonché Id., *La democrazia dei beni comuni. Nuove frontiere del diritto pubblico*, cit.

<sup>259</sup> L'espressione è tipica del dibattito classico in materia di arbitrato. Cfr. G. Schizzerotto, *L'arbitrato rituale nella giurisprudenza*, Padova, 1969, pp. 9 ss. Sull'utilizzo dell'aggettivo "statale" e sulla diversa sfumatura di significato rispetto all'aggettivo "statale" si rinvia ad un passaggio chiarificatore contenuto in V.E. Orlando, *Diritto pubblico generale*, Milano, 1940, pp. 194 ss.

<sup>260</sup> G. Rossi, *Il mercato d'azzardo*, Milano, 2009, p. 20.

<sup>261</sup> Cfr. A. Zoppini (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004.

<sup>262</sup> G. Rossi, *Il mercato d'azzardo*, cit., pp. 47 ss.

<sup>263</sup> Sul tema si veda N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, *passim*.

Va da sé che il deferimento di vasti settori contenziosi ad autorità private (ancorché consolidate in organismi permanenti) possa astrattamente comportare le incognite di una *banalizzazione* del dibattito giuridico, nei termini della sostituzione delle ragioni dell'efficienza allocativa a quelle dell'equità<sup>264</sup> o, peggio ancora, dell'affermazione degli interessi del più forte.

In tale contesto di semplificazione delle regole e delle procedure e di tendenziale desertificazione giuridica, rischiano, perlomeno in astratto, di conoscere una certa marginalizzazione l'interesse generale e il principio di solidarietà, che di certo sarebbero più efficacemente presidiati da una giurisdizione statale (*rectius*, ufficiale<sup>265</sup>).

Basti pensare, a titolo di esempio, ai diversi effetti penali in tema di corruzione in atti giudiziari nel caso dell'arbitrato<sup>266</sup>.

Ed anzi, alle condizioni descritte, si assiste al tramonto della pubblica utilità (cfr. artt. 2, 3, 4, 41, 42, 43 Cost.) quale supremo obiettivo perseguito dall'ordinamento a vantaggio dell'interesse alla creazione di valore (che è cosa diversa dal mero interesse sociale<sup>267</sup>).

Nelle *arene* dei mercati finanziari emerge sempre più un principio dapprima estraneo al nostro bagaglio costituzionale<sup>268</sup>, la concorrenza, da intendersi come statuto giuridico della competizione tra gli operatori economici in uno stesso mercato, che, soprattutto nel capitalismo avanzato, reclama garanzie puntuali ed effettive, essendo divenuto oramai di fatto il pilastro della costituzione economica vigente.

A ben vedere, nelle pieghe del *principio* di concorrenza<sup>269</sup> sarebbe possibile rinvenire una declinazione del principio di solidarietà economica e sociale affermato dall'art. 2 Cost., nei termini, ad esempio, di una leale competizione tra gli operatori, di un diffuso soddisfacimento dei diritti dei consumatori, di un avanzamento del progresso tecnologico e sociale, di un'equilibrata allocazione del benessere.

---

<sup>264</sup> L'applicazione di tali criteri di giudizio era alla base dell'approccio della cd. analisi economica del diritto, affermatasi nel secolo scorso nella dottrina statunitense. Per una ricostruzione del dibattito, cfr. U. Mattei, *Il modello di common law*, Torino, 1996, p. 160.

<sup>265</sup> In questi termini, M.R. Ferrarese, *Il puzzle della privatizzazione giuridica e l'economia politica. Il caso degli arbitrati in materia di investimenti esteri*, cit.

<sup>266</sup> Si veda da ultimo GIP Milano, decr. arch. 24 ottobre 2017, 28512/17 R.G.GIP, consultabile al seguente indirizzo: <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/9153-archiviazione-s-e-l.pdf>.

<sup>267</sup> G. Rossi, *Il mercato d'azzardo*, cit., pp. 47 ss.

<sup>268</sup> Cfr. G. Amato, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, p. 12.

<sup>269</sup> Sulla nozione giuridica di concorrenza (principio o regola?), si veda A. Lucarelli, *Art. 36. Accesso ai servizi di interesse economico generale*, in R. Bifulco, M. Cartabia e A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001, p. 253. *Contra*, L. G. Radicati di Brozolo, *La nuova disposizione sui servizi di interesse economico generale*, in AA.VV., *Il Trattato di Amsterdam*, Milano, 1999, p. 253.

Ne consegue che il mercato concorrenziale deve poter divenire un luogo cruciale nel quale fare valere il principio di eguaglianza (parità di armi, tutela dei consumatori, ecc.), ma ancor più cruciale e urgente è che l'eguaglianza sussista nella proiezione giurisdizionale delle situazioni giuridiche scaturenti dal mercato (eguaglianza nel processo, giusto processo, parità delle parti, artt. 24 e 111 Cost., art. 6 CEDU<sup>270</sup>).

Ma vi è di più. In uno scenario siffatto, contraddistinto, come osservato, da un complessivo *impoverimento*<sup>271</sup> giuridico sul piano sostanziale e delle procedure e da un arretramento delle garanzie per il cittadino, si fanno più sfuggenti gli orizzonti stessi del giusto processo, in relazione ad aspetti meno intuitivi eppure collegati a quelli sopra evocati, quali la reciproca collaborazione tra le parti e il giudice (ulteriore declinazione del principio di solidarietà)<sup>272</sup> e la *prevedibilità* stessa delle decisioni<sup>273</sup> (si potrà parlare genericamente di disordine giurisprudenziale<sup>274</sup>).

### 3. Per un riconoscimento costituzionale delle responsabilità dell'avvocato nei nuovi cicli di produzione del diritto vivente.

Nello scenario disegnato dalla crisi del legislativo e dalle *défaillances* della giurisdizione sommariamente descritte nei paragrafi che precedono, si fa luce una proposta recentemente ritornata d'attualità nel dibattito giuridico ed istituzionale potenzialmente rivolta a riconoscere nuove responsabilità nei cicli di produzione del diritto vivente: la valorizzazione costituzionale del ruolo dell'avvocatura<sup>275</sup>.

<sup>270</sup> Cfr. C.F. Grosso, *Processo giusto e processo ingiusto fra legislazione e prassi giudiziarie*, cit., p. 48.

<sup>271</sup> Si potrebbe anche dire di *imbarbarimento*, in un senso giammai dispregiativo, bensì nell'accezione etimologica di incontro con ordinamenti stranieri (dialettica *hospes-hostis*) a seguito dell'integrazione tra sistemi giuridici. Su quest'idea, cfr. M. Cacciari, *L'arcipelago*, Milano, 1997, p. 123.

<sup>272</sup> Da intendersi nell'accezione ampia di solidarietà democratica (in collegamento con il concetto di legittimazione democratica della giurisdizione sopra richiamato). Sull'argomento, si veda S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, pp. 31 ss.

<sup>273</sup> Da intendersi anche in collegamento con l'art. 25 Cost. nel senso del superamento di una concezione formale del principio di legalità e di eguaglianza dell'applicazione del cd. diritto vivente e dell'interpretazione giurisprudenziale della norma. Così G.M. Flick, *Principi costituzionali e multilevel: nuovi orizzonti per l'Avvocatura*, relazione tenuta in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario del CNF (Roma, 9 febbraio 2018), consultabile al seguente indirizzo: <http://www.consiglionazionaleforense.it/documents/25901/423662/Tavola+rotonda+9+febbraio+2018+-+Intervento+Avv.+Prof.+Giovanni+Maria+Flick.pdf/cbe66eb2-b3c0-4a02-ae99-707044cc5d69>.

<sup>274</sup> Così S. Chiarloni, *Ragionevolezza costituzionale e garanzie del processo*, Napoli, 2012, p. 10.

<sup>275</sup> Si veda, sul punto, il progetto del Consiglio nazionale forense di modifica dell'art. 111 Cost. mediante la previsione della libertà e autonomia dell'avvocato e della necessità della difesa tecnica presentato il 9 febbraio 2018 a margine della cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2018 del CNF. In particolare, si veda il contributo di M. Luciani, *L'avvocatura e la Costituzione*, disponibile al seguente indirizzo:

In un siffatto contesto in continuo divenire può essere lecito domandarsi se la funzione dell'avvocato non meriti di ricevere un'esplicita consacrazione costituzionale (al di là delle menzioni della professione attualmente contenute nella Carta)<sup>276</sup> in collegamento con un effettivo godimento del diritto di difesa (art. 24 Cost.) e con la realizzazione del giusto processo (art. 111 Cost.).

Già in risalenti pronunce la Consulta aveva avuto modo di evidenziare l'essenzialità della partecipazione dell'avvocato alla dinamica processuale (cfr. sent. n. 171/1996) e, più in generale, all'amministrazione della giustizia (cfr. sent. n. 46/1957).

Basti pensare alla responsabilità sociale correlata al ruolo di impulso all'emersione e al riconoscimento di nuovi diritti (privacy, identità, diritti umani, ecc.) e correlativi rimedi correntemente svolto dall'avvocato nella dialettica processuale<sup>277</sup>, nell'insostituibile opera di mediazione tra *ius* e *actio* (*ubi remedium, ibi ius*)<sup>278</sup>.

Un contributo che non vede esaurire la propria spinta di fronte al moltiplicarsi delle situazioni giuridiche prospettate dalla società odierna anche e soprattutto in forza dei fenomeni brevemente illustrati nei paragrafi precedenti.

Ed anzi, i percorsi di privatizzazione e ridefinizione della giustizia sopra accennati vedono accrescersi gli spazi e le responsabilità dell'avvocato al servizio del proprio assistito, vista l'assoluta varietà e complessità delle vicende giuridiche che possono verificarsi in un ordinamento integrato e multilivello.

Da questo punto di vista, è metodologicamente più corretto che spetti all'avvocatura un

---

<http://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/421578/L%27avvocatura+e+la+Costituzione/3e5a1faa-7fe6-4737-8c70-1931a46eb953>. In detto contributo si dà conto anche delle precedenti iniziative di riforma costituzionale in tal senso durante la XVI Legislatura, tra le quali si segnalano il progetto Pecorella (AC 2556) e il progetto Pera (AS 1935).

<sup>276</sup> Cfr. art. 104, co. 4 («Gli altri componenti [del Consiglio superiore della magistratura] sono eletti [...] per un terzo dal Parlamento in seduta comune tra professori ordinari di università in materie giuridiche ed avvocati dopo quindici anni di esercizio»); art. 106, co. 3 («Su designazione del Consiglio superiore della magistratura possono essere chiamati all'ufficio di consiglieri di cassazione, per meriti insigni, professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati che abbiano quindici anni d'esercizio e siano iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori»); art. 135, co. 2 («I giudici della Corte costituzionale sono scelti tra i magistrati anche a riposo delle giurisdizioni superiori ordinaria ed amministrativa, i professori ordinari di università in materie giuridiche e gli avvocati dopo venti anni di esercizio»); art. 135, co. 6 («L'ufficio di giudice della Corte è incompatibile con quello di membro del Parlamento, di un Consiglio regionale, con l'esercizio della professione di avvocato e con ogni carica ed ufficio indicati dalla legge»).

<sup>277</sup> G.M. Flick, *Principi costituzionali e multilevel: nuovi orizzonti per l'Avvocatura*, cit., p. 3.

<sup>278</sup> Cfr. G. Alpa, *Il diritto fondamentale ad un rimedio effettivo e il ruolo costituzionale dell'avvocato*, relazione tenuta in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario del CNF (Roma, 9 febbraio 2018), consultabile al seguente indirizzo:

<http://www.consiglionazionaleforense.it/documents/25901/423662/Tavola+rotonda+9+febbraio+2018+-+Intervento+Avv.+Prof.+Guido+Alpa.pdf/eb24b750-cff9-4802-b091-e331f11d0f3c>, pp. 2 ss.

compito di educazione alla legalità e di formazione alla cultura dei diritti<sup>279</sup>, anziché alla magistratura che spesso è volentieri, in varie forme e sedi (istituzionali, associative, mediatiche), avanza pretese pedagogiche poco in linea con i propri caratteri di terzietà e *neutralità*<sup>280</sup> e inclini piuttosto a un certo paternalismo giudiziario di certo estraneo agli orizzonti costituzionali.

Non vi è chi non veda, del resto, un certo rilievo pubblicistico nell'attività di avvocato accanto agli evidenti aspetti correlati alla libertà di professione *ex art. 33 Cost.*<sup>281</sup> (oltre che agli stessi artt. 4 e 35 Cost.).

Un rilievo pubblicistico inerente non solo alla mera fruizione della difesa tecnica da parte del soggetto di diritto (i «tutti» cui fa riferimento il primo comma dell'art. 24 Cost.), ma anche all'interesse della collettività alla buona amministrazione della giustizia che potrebbe farsi coincidere, in una dimensione ideale, con la vocazione alla certezza del diritto, nel senso figurato di *ecologia* di un determinato spazio giuridico (quello statale quanto quello europeo)<sup>282</sup>.

Tale rilevanza dovrebbe indurre un superamento della visione mercantilistica e pro-concorrenziale che aveva caratterizzato gli interventi legislativi in tema di avvocatura perlomeno a partire dal d.l. n. 223/2006 (cd. decreto Bersani)<sup>283</sup>, in armonia con l'itinerario costituzionale tratteggiato in questa sede (artt. 24, 111, 33, 4, 104, 106, 135 Cost.).

D'altronde, quand'anche si volesse avere esclusivo riguardo alla salvaguardia degli interessi dei *consumatori* (prospettiva, com'è noto, esclusa dallo stesso *corpus* giuridico comunitario)<sup>284</sup>, non si potrebbe negare l'assoluta rilevanza del ruolo dell'avvocato a protezione di questi ultimi.

La valorizzazione costituzionale della funzione dell'avvocato si rivelerebbe, peraltro, del

---

<sup>279</sup> In adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà (art. 2 Cost.) e per la tutela della dignità umana (art. 3 Cost.) oltre che in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118 Cost.). Così G.M. Flick, *Principi costituzionali e multilevel: nuovi orizzonti per l'Avvocatura*, cit., p. 6.

<sup>280</sup> Nell'accezione e con i limiti precisati in A.M. Sandulli, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Studi in onore di Antonio Segni*, IV, Milano, 1967, p. 258.

<sup>281</sup> Si vedano ancora, *ex multis*, C. cost., sent. n. 137/1975; sent. n. 498/1989.

<sup>282</sup> Cfr. secondo considerando della Risoluzione del Parlamento europeo sulle professioni legali e l'interesse generale nel funzionamento dei sistemi giuridici del 23 marzo 2006, laddove si afferma che «qualsiasi riforma delle professioni legali ha conseguenze importanti che vanno al di là delle norme della concorrenza incidendo nel campo della libertà, della sicurezza e della giustizia e in modo più ampio, sulla protezione dello stato di diritto nell'Unione europea».

<sup>283</sup> Sull'argomento sia consentito di rinviare a L. Longhi, *Ordini professionali e regola della concorrenza*, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, n. 2/2006, pp. 225 ss.

<sup>284</sup> Vedi, ad es., nota 46.

tutto coerente con i profili dell'*equo processo* delineati dall'art. 6 CEDU (par. 3, lett. b) e c)<sup>285</sup>, ma anche dall'art. 13 CEDU in tema di diritto a un ricorso effettivo<sup>286</sup>) parzialmente recepiti nel nuovo art. 111 Cost.

Lo stesso dicasi per quanto previsto dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, rubricato «Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale», che pure sostanzialmente fa riferimento, sia pure implicito, alla figura dell'avvocato<sup>287</sup>.

In quest'ottica, la formalizzazione del riferimento all'avvocatura in Costituzione, ben lungi dal rivestire una valenza *corporativa* o simbolica, costituirebbe un'opzione idonea a riflettere i mutamenti della giurisdizione in atto e a completare i profili del giusto processo recepiti nella Carta, in una prospettiva di tutela effettiva dei diritti.

Questo è il motivo per il quale i progetti formulati negli ultimi anni identificano nell'art. 111 Cost.<sup>288</sup> piuttosto che nell'art. 24 Cost. la sede maggiormente indicata<sup>289</sup> nella quale operare tale novellazione, considerati i contenuti e la struttura degli articoli in questione<sup>290</sup>

---

<sup>285</sup> «In particolare, ogni accusato ha diritto di: [...] b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore a sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia».

<sup>286</sup> «Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali».

<sup>287</sup> «Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo.

Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare.

A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato, qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia».

G. ALPA, cit., p. 1, sottolinea la minore rilevanza della facoltà prevista dall'art. 47 della Carta di Nizza a fronte del diritto a farsi rappresentare, pur sempre previsto dal nostro sistema processuale.

<sup>288</sup> La proposta recentemente avanzata dal Consiglio nazionale forense (v. nota 37) prevede l'inserimento all'art. 111 Cost., dopo i primi due commi, delle seguenti disposizioni:

«Nel processo le parti sono assistite da uno o più avvocati. In casi straordinari, tassativamente previsti dalla legge, è possibile prescindere dal patrocinio dell'avvocato, a condizione che non sia pregiudicata l'effettività della tutela giurisdizionale.

L'avvocato esercita la propria attività professionale in posizione di libertà e di indipendenza, nel rispetto delle norme di deontologia forense.

La funzione giurisdizionale sugli illeciti disciplinari dell'avvocato è esercitata da un organo esponentiale della categoria forense, eletto nelle forme e nei modi previsti dalla legge, che determina anche le sue altre attribuzioni. Contro le sue decisioni è ammesso il ricorso per cassazione».

Cfr., sul punto, M. Luciani, *L'avvocatura e la Costituzione*, cit., pp. 19-20.

<sup>289</sup> G.M. Flick, *Principi costituzionali e multilevel: nuovi orizzonti per l'Avvocatura*, cit., p. 8, invece, ripropone l'ipotesi, già affiorata in fase costituente, della designazione di un componente della Corte costituzionale da parte del Consiglio nazionale forense.

<sup>290</sup> Sul rapporto tra artt. 24 e 111 Cost., si veda A. Andronio, *Art. 111*, in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Torino, 2006, pp. 2108 ss.

e costituendo la difesa tecnica un elemento imprescindibile di un processo *giusto*<sup>291</sup>.

Ed invero, la versione in vigore dell'art. 111 Cost., che certamente non brilla per sintesi e icasticità, lascia pur sempre fuori il fondamentale elemento della difesa tecnica, contemplato, come si è avuto modo di osservare, da altre Carte dei diritti.

Pertanto, alla luce di tale considerazione e tenuto conto dell'attuale struttura dell'art. 111 Cost., che non sarebbe stravolta nemmeno sul piano stilistico da eventuali integrazioni, un riconoscimento costituzionale del ruolo dell'avvocato (e non già della sua professionalità)<sup>292</sup> apparirebbe del tutto ragionevole in funzione di garanzia dei diritti, tanto più nel quadro delle moderne relazioni giuridico-economiche che impongono un costante aggiornamento del catalogo delle situazioni tutelate, reclamando risposte puntuali in termini di accessibilità e giustiziabilità.

D'altra parte, l'inserimento del richiamo all'avvocatura nell'art. 111 Cost. avrebbe l'ulteriore pregio di riequilibrare l'asse portante del giusto processo, perlopiù sbilanciato ora sul versante della giustizia penale (cfr. co. 3, 4, 5, 7).

Infine, si rileva che il riferimento anche ai profili disciplinari contenuto nell'ultimo progetto (cfr. nota 53) evidenzerebbe viepiù la natura non meramente corporativa della novella, orientata al riconoscimento della funzione di interesse generale svolta nell'ambito dell'amministrazione della giustizia.

#### **4. A mo' di conclusioni. La transizione verso l'ignoto e gli orizzonti futuri del giurista.**

Le metamorfosi descritte (con le *nemesi* e le ipotesi annesse) ruotano tutte intorno alla promozione di un principio fondamentale, eppure non sempre adeguatamente messo a fuoco nella nostra assiologia ordinamentale: il principio della certezza del diritto.

La dottrina ha recentemente avuto modo di tornare sul concetto, riconoscendone opportunamente la natura costituzionale (o, se si preferisce, fondativa), in quanto riconnessa all'idea stessa di statualità<sup>293</sup> e restituendole oltretutto la giusta rilevanza e

---

<sup>291</sup> Sul collegamento tra difesa tecnica e giusto processo (già prima dell'introduzione della l. Cost. n. 2/1999), si veda C. cost., ord. n. 421/1997.

<sup>292</sup> Cfr. M. Luciani, *L'avvocatura e la Costituzione*, cit., p. 18.

<sup>293</sup> Cfr. sul punto M. Luciani, *Le istituzioni e la certezza del diritto*, in [http://www.italiadecide.it/public/documenti/2017/12/20122017\\_M\\_Luciani.pdf](http://www.italiadecide.it/public/documenti/2017/12/20122017_M_Luciani.pdf).

centralità.

Del resto, l'inquadramento costituzionale della certezza, tra le diverse angolazioni possibili, può essere collocato al crocevia ideale degli artt. 3, 101 e 111 della Carta, nel senso di un tendenziale *primato della legge*, garantito dall'onere di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali (e, segnatamente, degli *scostamenti* giurisprudenziali) funzionale alla realizzazione effettiva dell'eguaglianza sostanziale (anche e soprattutto mediante la vigilanza sull'esatta e *uniforme* interpretazione della legge)<sup>294</sup>.

Le crisi cui si è fatto riferimento nel presente contributo possono sintetizzarsi nel consueto tema della dicotomia tra *fare* e *applicare* la norma, tipico dello Stato costituzionale di diritto, acuito però, come si è visto, dalla perdita di statualità della giurisdizione.

Si tratta di un evento non meno doloroso della perdita di sovranità economica di cui si parla abitualmente, poiché pone astrattamente in discussione un altro pilastro fondamentale dello Stato, la funzione giurisdizionale e il monopolio stesso della forza coercitiva, cui dovrebbe corrispondere l'*obbedienza* da parte dei consociati<sup>295</sup>.

In altri termini, il problema si pone nel transito dalla decisione normativa alla decisione giudiziale (dallo Stato di diritto allo Stato dei Giudici<sup>296</sup>) e in quello successivo verso l'*ignoto* di nuove forme di mediazione degli interessi, arbitrate da soggetti tendenzialmente avulsi dai circuiti della giurisdizione ufficiale. Ne consegue per l'operatore giuridico un senso di smarrimento *etico*, non essendovi alcuna certezza sul fondamento (*valore*) e sull'effettività delle *regole del gioco*.

Non è detto, ad esempio, che gli arbitrati internazionali cui si è in precedenza fatto richiamo debbano riguardare esclusivamente un'*élite* economico-finanziaria, visto il peso assoluto rivestito dalle multinazionali nella scena globale e l'impatto che le loro politiche sono suscettibili di produrre sull'interesse collettivo e sui diritti dei consociati (si pensi all'inquinamento o al tabacco)<sup>297</sup>, decisamente più rilevante, come osservato, rispetto alla forza dei singoli Stati sovrani<sup>298</sup>.

Le dinamiche descritte restituiscono attualità al tema della certezza, in quanto disvelano impietosamente l'incertezza, intesa come assenza di protezione per il soggetto, che deriva

---

<sup>294</sup> *Ibidem*.

<sup>295</sup> Cfr. N. Irti, *Nóμος e Lex (Stato di diritto come Stato della legge)*, cit., p. 594.

<sup>296</sup> La definizione è di N. Irti, *Dalla lontana provincia del diritto civile*, in *Dir. Pubbl.*, 2016, p. 826.

<sup>297</sup> M.R. Ferrarese, *Il puzzle della privatizzazione giuridica e l'economia politica. Il caso degli arbitrati in materia di investimenti esteri.*, cit.

<sup>298</sup> G. Rossi, *Il mercato d'azzardo*, cit., pp. 47 ss.

dalle trasformazioni giuridiche in corso<sup>299</sup>.

La certezza invocata qui non incarna certo una nostalgia dell'assolutismo giuridico dello Stato liberale monoclasse<sup>300</sup>, quanto piuttosto l'aspirazione ad una *sintesi* tra i principi e i valori direttamente o indirettamente richiamati nei paragrafi che precedono, per le motivazioni sopra espresse: eguaglianza, diritti umani, legalità, giustizia, nomofilachia, ordine pubblico (pace sociale), solidarietà universale (transnazionale e intergenerazionale), responsabilità, lealtà processuale.

Una sintesi rivolta a trovare un nuovo equilibrio tra diritto, potere e tecnica<sup>301</sup> in risposta ai processi osservati.

Ecco perché, considerata anche la complessità di un quadro in continuo mutamento, le questioni affrontate in questa sede (non senza un certo grado di approssimazione, evidentemente) devono interessare gli operatori giuridici<sup>302</sup> a tutti i livelli, indipendentemente dall'ambito e dalla vastità degli orizzonti in cui sono chiamati ad operare.

**Abstract:** Il presente articolo analizza l'ipotesi dell'introduzione del ruolo dell'avvocato in Costituzione, anche alla luce delle attuali metamorfosi del diritto e dei nuovi scenari del diritto globale.

**Abstract (English):** This paper analyzes the hypothesis of the introduction of the role of the lawyer in the Italian Constitution, also considering the current metamorphosis of law and the new scenarios of global law.

**Parole chiave:** Giurisdizione – avvocato – diritto globale.

**Key words:** Jurisdiction – lawyer – global law.

---

<sup>299</sup> Questa la definizione che F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, cit., p. 40, in riferimento ad un'altra epoca, aveva dato dell'incertezza.

<sup>300</sup> Il riferimento è a P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998.

<sup>301</sup> G.M. Flick, *Principi costituzionali e multilevel: nuovi orizzonti per l'Avvocatura*, cit., p. 1, parla di «mutazione genetica» del rapporto tra diritto, potere e tecnica.

<sup>302</sup> Si veda F. Lucarelli, *L'operatore giuridico. La forma dell'acqua*, Modena, 2006.

## LA NEW INFORMATION ECONOMY, IL PROBLEMA DEL DIGITAL DIVIDE E IL RUOLO DEI PUBBLICI POTERI\*.

di Francesco Gaspari\*\*

**Sommario.** 1. *E-society*, digitalizzazione e diritto delle città. Una premessa. – 2. La Strategia di Lisbona e il suo fallimento. La strategia “*Europa 2020*” e i suoi limiti. – 3. L’Agenda digitale italiana. – 4. L’Agenda digitale (multilivello) come strumento per lo sviluppo economico: critica. – 5. Le città come nuovi mercati, ovvero della trasfigurazione della politica. – 6. La svolta imprenditoriale delle comunità locali e la *new information economy*. – 7. La digitalizzazione e la sua funzione sociale. – 8. Il problema del *digital divide*. – 9. Connessione ad internet e alfabetizzazione digitale come diritti fondamentali e ruolo dei pubblici poteri.

### 1. *E-society*, digitalizzazione e diritto delle città. Una premessa.

La globalizzazione e la c.d. *e-society* (o società dell’informazione o società della conoscenza<sup>303</sup>) hanno un impatto sempre crescente nella vita dei cittadini<sup>304</sup>. L’*informazione* si configura ormai come “condizione preliminare per l’attuazione dei principi propri dello Stato democratico”<sup>305</sup>.

Com’è stato recentemente rilevato, “[p]resto ogni oggetto attorno a noi, persino il nostro abbigliamento, sarà connesso [...]” e “[o]gni cosa, dunque, sarà *smart*: non solo i telefoni ma anche le nostre auto, le nostre case, le nostre città; l’internet degli oggetti e l’analisi dei big data convergeranno con l’intelligenza artificiale e i sistemi biometrici: in definitiva

\*Sottoposto a referaggio.

\*\* Professore Associato di Diritto amministrativo, Università degli Studi “Guglielmo Marconi”.

<sup>303</sup> Spesso i termini *informazione* e *conoscenza* (nonché *comunicazione*) sono utilizzati come sinonimi, ma in realtà esprimono concetti diversi, essendo la prima intesa come “la percezione di una differenza” e si riferisce a quanto è relativamente *crudo*, specifico e pratico, mentre la *conoscenza* denota quanto è stato *cotto*, elaborato o sistematizzato dal pensiero: così L. Paccagnella, *Open access. Conoscenza aperta e società dell’informazione*, Bologna, 2010, p. 172.

<sup>304</sup> Con tali espressioni si fa riferimento alla sempre crescente incidenza della conoscenza sull’attività umana. Su tali aspetti v. L. Romani, *La strategia “Europa 2020”: obiettivi e criticità, con particolare riferimento all’agenda digitale europea e all’interoperabilità dei sistemi informativi delle amministrazioni pubbliche europee*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2010, pp. 573 ss., in particolare p. 576, spec. nota n. 6.

<sup>305</sup> Corte cost., sentenza 12 aprile 2005, n. 151. Analogamente, Corte cost., sentenza 15 ottobre 2003, n. 312, nonché Corte cost., sentenza 12 febbraio 1996, n. 29, laddove si afferma come “[...] l’informazione, nei suoi risvolti attivi e passivi, esprima non tanto una materia, quanto una “condizione preliminare” o un “presupposto insopprimibile” per l’attuazione ad ogni livello, centrale o locale, della forma propria dello Stato democratico” (par. 3 del *Considerato in diritto*).

vivremo in un pianeta *intelligente*. Tutto ciò favorirà certamente [...] un netto miglioramento della qualità della vita, liberandoci – come già oggi è evidente – del peso di molte incombenze quotidiane e dischiudendo possibilità prima precluse”<sup>306</sup>.

Nell’ambito del nuovo diritto delle città<sup>307</sup>, è del tutto evidente come la tecnologia e la digitalizzazione possano avere un impatto straordinario sulla vita e sulle attività dei cittadini in ambito urbano; com’è parimenti evidente che grazie al loro essere *in rete*, le città producono e valorizzano i dati che emergono nel contesto urbano (mobilità, sanità, ecc.)<sup>308</sup>. In tal senso, si osserva come le città siano destinate a diventare “un formidabile laboratorio di produzione di grandi masse di dati e di loro utilizzo per il miglioramento dei servizi e del governo urbano (i *big data*<sup>309</sup>)”<sup>310</sup>, che sono attualmente al centro di discussione soprattutto per il vuoto normativo che li caratterizza<sup>311</sup>.

<sup>306</sup> A. Soro, Intervento al convegno “*Uomini e macchine. Protezione dati per un’etica del digitale*”, svoltosi a Roma il 30 gennaio 2018 (il testo dell’intervento è consultabile alla pagina web <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/7598686>). Cfr., inoltre, F. Pizzetti, *Intelligenza artificiale e salute: il sogno dell’immortalità alla prova del GDPR*, 15 settembre 2017, consultabile alla pagina web <https://www.agendadigitale.eu/sicurezza/intelligenza-artificiale-e-salute-il-sogno-dellimmortalita-alla-prova-del-gdpr/>; Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, *Norme di diritto civile sulla robotica, Considerando J*).

<sup>307</sup> Su cui v., per tutti, J.-B. Auby, *Droit de la Ville. Du fonctionnement juridique des villes au droit à la Ville*, Parigi, 2013. Lo stesso A. individua nel diritto delle città una nuova frontiera del diritto amministrativo: J.-B. Auby, *Per lo studio del diritto delle città*, in G. della Cananea, C. Franchini (a cura di), *Il diritto che cambia*, Liber amicorum Mario Pilade Chiti, Napoli, 2016, pp. 205 ss.

<sup>308</sup> Cfr. F. Fracchia e P. Pantalone, *Smart City: condividere per innovare (e con il rischio di escludere?)*, in *Federalismi.it*, n. 22 del 2015, pp. 1 ss.

<sup>309</sup> Secondo la definizione elaborata dalla Commissione europea (*Digital single market - Big Data*, disponibile alla pagina web <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/big-data>), “[b]ig data refers to large amounts of data produced very quickly by a high number of diverse sources. Data can either be created by people or generated by machines, such as sensors gathering climate information, satellite imagery, digital pictures and videos, purchase transaction records, GPS signals, etc. It covers many sectors, from healthcare to transport and energy”. Sui big data in generale v. OECD, *Data driven innovation. Big data for growth and well-being*, October 2015. Sulla rilevanza dei *big data* nell’attività e nell’organizzazione della pubblica amministrazione v. M. Falcone, *Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3 del 2017, pp. 601 ss. Con riferimento ai profili *antitrust* dei *big data* v. l’approfondimento curato da F. Di Porto, *Big data e concorrenza*, pubblicato nel numero speciale di *Concorrenza e mercato*, n. 23 del 2016, pp. 5 ss.; R. Angelini, *Intelligenza artificiale e governance. Alcune riflessioni di sistema*, in *Astrid Rassegna*, n. 14 del 2017, pp. 9 ss.; C. Buzzacchi, *La politica europea per i big data e la logica del single market: prospettive di maggiore concorrenza?*, in *Concorrenza e mercato*, n. 1 del 2016, pp. 153 ss.; M. Orefice, *I big data. Regole e concorrenza* in *Pol. dir.*, n. 4 del 2016, pp. 697 ss.

<sup>310</sup> E. Carloni, *Città intelligenti e agenda urbana: le città del futuro, il futuro delle città*, in *Munus*, n. 2 del 2016, pp. 235 ss., spec. p. 246. Cfr., inoltre, I.A.T. Hashem, V. Chang, N. Badrul Anuar, K. Adewole, I. Yaqoob, A. Gani, E. Ahmed e H. Chiroma, *The role of big data in smart city*, in *International Journal of Information Management (IJIM)*, Volume 36 Issue 5, October 2016, pp. 748 ss.; S. Andreani, F. Bianconi, M. Filippucci, *Smart cities e contratti di paesaggio: l’intelligenza del territorio oltre i sistemi urbani*, in *Ist. Fed.*, n. 4 del 2015, pp. 895 ss., spec. p. 896.

<sup>311</sup> Le lacune normative cercano di essere colmate dall’intervento delle autorità amministrative indipendenti e da altre agenzie amministrative. In materia di *big data*, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, l’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e il Garante per la Protezione dei dati Personali hanno avviato

## 2. La Strategia di Lisbona e il suo fallimento. La strategia “Europa 2020” e i suoi limiti.

156

A livello europeo, il dibattito su come affrontare le nuove sfide derivanti da questi processi venne specificamente affrontato dai capi di Stato e di Governo riuniti a Lisbona nella sessione straordinaria del 23 e 24 marzo del 2000, dove adottarono una strategia, la c.d. Strategia di Lisbona<sup>312</sup>.

Nella Strategia di Lisbona, delineata nelle Conclusioni del Consiglio europeo, veniva individuato un obiettivo strategico per il successivo decennio: la realizzazione della c.d. società dell’informazione. La *e-society* è una “materia poliedrica, il cui comune denominatore è l’utilizzo delle nuove tecnologie informatiche, per consentire all’Unione europea di affrontare la svolta epocale risultante dalla globalizzazione e dalle sfide presentate da una economia basata sulla conoscenza”<sup>313</sup>.

Gli ambiziosi obiettivi delineati dal Consiglio europeo nella Strategia di Lisbona<sup>314</sup> non sono stati tuttavia raggiunti, e anche dalla valutazione intermedia di tale Strategia,

---

– in data 30 maggio 2017 – un’indagine conoscitiva congiunta (*Indagine conoscitiva sui Big Data. Analisi della propensione degli utenti online a consentire l’uso dei propri dati a fronte dell’erogazione di servizi*), riguardante l’individuazione di eventuali criticità connesse all’uso dei cosiddetti *big data* e la definizione di un quadro di regole in grado di promuovere e tutelare la protezione dei dati personali, la concorrenza dei mercati dell’economia digitale, la tutela del consumatore, nonché i profili di promozione del pluralismo nell’ecosistema digitale: v. **Big Data: Agcom, Antitrust e Garante privacy avviano indagine conoscitiva, consultabile alla pagina web <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/644141>**. In data 8 giugno 2018 sono stati pubblicati i primi risultati di siffatta indagine conoscitiva: AGCM, *Primi risultati dell’indagine conoscitiva sui Big Data*, comunicato stampa, 8 giugno 2018, consultabile alla pagina web <http://www.agcm.it/stampa/comunicati/9334-ic53-primi-risultati-dell-indagine-conoscitiva-sui-big-data-congiunta-con-agcom-e-garante-privacy.html>. In ordine all’Intelligenza Artificiale, invece, l’Agenzia per l’Italia Digitale ha costituito una *task force* di 30 esperti in materia e sarà diffuso un libro bianco sui principali impatti dell’Intelligenza Artificiale: C. Fotina, *Rete senza regole, ci provano le Autorità*, in *Il Sole 24 Ore* del 26 gennaio 2018. Anche la OECD (*Technology Foresight Forum 2016 on Artificial Intelligence (AI)*, 17 November 2016, consultabile alla pagina web <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/technology-foresight-forum-2016.htm>) osserva come il tema della Intelligenza Artificiale, in particolare, sia sottovalutato da “policymakers and the public at large”, soprattutto se si tiene conto della circostanza che “[i]t is widely claimed that artificial intelligence technology, combined with *big data* and with computing power, will transform entire sectors of the economy and lead to in-depth societal changes”.

<sup>312</sup> Cfr., in merito, L. Romani, *La strategia “Europa 2020”*, cit., pp. 573-574.

<sup>313</sup> Così C. Alberti, *E-Society e riutilizzo dell’informazione nel settore pubblico. Disciplina nazionale e riflessi nazionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, pp. 1237 ss.

<sup>314</sup> Tale Strategia, mediante un programma completo di riforme strutturali, aveva come obiettivo per il decennio successivo, quello di fare dell’Unione europea “l’economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale”: Consiglio europeo di Lisbona del 23 e 24 marzo del 2000, *Conclusioni della Presidenza*, punto 5.

effettuata in occasione del Consiglio europeo di Bruxelles del 22 e 23 marzo 2005, sono emerse molteplici criticità<sup>315</sup>.

La crisi economica e finanziaria globale iniziata nel 2007 ha colpito in maniera significativa anche l'Unione, la quale già dal 2008 è intervenuta con misure volte a favorire la ripresa economica<sup>316</sup>.

I Paesi membri dell'Unione hanno poi deciso di rilanciare l'economia europea mediante un nuovo piano decennale. Il Consiglio europeo svoltosi a Bruxelles il 25 e 26 marzo 2010 ha discusso la nuova strategia ("Europa 2020") per l'Unione europea. Tale Strategia è stata formalmente adottata nel Consiglio europeo di Bruxelles del 17 giugno 2010<sup>317</sup>.

La strategia "Europa 2020" presenta tre priorità, vale a dire: (i) crescita intelligente: sviluppare un'economia basata sulla conoscenza e sull'innovazione; (ii) crescita sostenibile: promuovere un'economia più efficiente sotto il profilo delle risorse, più verde e più competitiva; (iii) crescita inclusiva: promuovere un'economia con un alto tasso di occupazione che favorisca la coesione sociale e territoriale<sup>318</sup>.

Nell'ambito della strategia "Europa 2020", la Commissione ha presentato inoltre sette iniziative faro, tra le quali viene inclusa quella riguardante "Un'agenda europea digitale"<sup>319</sup>, definita da una Comunicazione della Commissione del 2010<sup>320</sup>.

Lo scopo generale dell'Agenda digitale è indicato nella Comunicazione del 2010, e consiste nell' "ottenere vantaggi socioeconomici sostenibili grazie a un mercato digitale unico basato su internet veloce e superveloce e su applicazioni interoperabili"<sup>321</sup>.

<sup>315</sup> Per una analisi più dettagliata delle quali si rinvia a Commissione europea, *Documento di valutazione della strategia di Lisbona*, SEC(2010) 114 def., 2 febbraio 2010, p. 3 e *passim*; L. Romani, *La strategia "Europa 2020"*, cit., pp. 577 ss.

<sup>316</sup> Si v. Comunicazione della Commissione al Consiglio, *Un piano europeo di ripresa economica*, COM(2008) 800 def., 26 novembre 2008.

<sup>317</sup> Su tale strategia si v., più ampiamente, L. Romani, *La strategia "Europa 2020"*, cit., pp. 582 ss.; P. Sabatini, *Agenda digitale europea: una delle sette iniziative faro individuate nella Strategia Europa 2020*, in *Diritto e pratica amministrativa. Speciale*, n. 9 del 2014, pp. 3 ss.

<sup>318</sup> Comunicazione della Commissione, *Europa 2020: una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, COM(2010) 2020 def., del 3 marzo 2010, par. 2. Cfr., in merito, F. Fracchia e P. Pantalone, *Smart City*, cit., p. 5; M. Paradowska e J. Platje, *European sustainable urban development policy in the light of priorities of the Europe 2020 Strategy*, in *Journal of Economics and Management*, Vol. 19(1), 2015, pp. 95 ss., spec. p. 99. Come è stato rilevato, la strategia "Europa 2020" è stata "adottata per uscire dalla crisi e rilanciare la competitività, la crescita sostenibile e il quadro economico complessivo degli Stati membri nel decennio 2010-2020": così C. Sumiraschi, *La sfida della programmazione comunitaria: i Programmi Operativi 2014-2020 alla prova dell'attuazione*, in *Riv. giur. Mezz.*, n. 1 del 2017, pp. 53 ss., spec. p. 68.

<sup>319</sup> Comunicazione della Commissione, *Europa 2020*, cit., pp. 4-5.

<sup>320</sup> Comunicazione della Commissione, *Un'agenda digitale europea*, COM (2010) 245 def./2 del 26 agosto 2010.

<sup>321</sup> Comunicazione della Commissione, *Un'agenda digitale europea*, cit., par. 1.

L'Agenda digitale fissa obiettivi e target ambiziosi e trasversali alle diverse politiche che spaziano dalla diffusione della banda larga e ultra larga (accesso da parte di tutti i cittadini ad internet a una velocità di almeno 30Mbps e 50% della popolazione collegato a 100Mbps entro il 2020), all'interoperabilità e alla sicurezza dei sistemi e dei servizi, all'utilizzo dei servizi digitali, all'inclusione e all'alfabetizzazione digitale, alla ricerca e sviluppo in campo ICT, all'utilizzo delle tecnologie in settori specifici in risposta ai bisogni della società<sup>322</sup>.

Il 6 maggio 2015 la Commissione ha adottato la strategia per il mercato unico digitale, che si fonda su tre pilastri: 1) miglioramento dell'accesso dei consumatori e delle imprese ai beni e servizi digitali in tutta Europa; 2) creazione di un contesto favorevole e parità di condizioni per consentire alle reti digitali e ai servizi innovativi di svilupparsi; 3) massimizzazione del potenziale di crescita dell'economia digitale<sup>323</sup>. Il 10 maggio 2017 la Commissione ha compiuto una revisione intermedia dell'attuazione della strategia per il mercato unico digitale<sup>324</sup>, affermando che l'obiettivo della strategia per il mercato unico digitale – vale a dire creare un ambiente giuridico stabile e trasparente – può essere perseguito solo se la Commissione potrà “contare sul sostegno incondizionato degli Stati membri, del Parlamento europeo, del Consiglio e dei soggetti interessati; se così non dovesse essere, il mercato unico digitale non potrà mai diventare una realtà”<sup>325</sup>.

Sembra dunque evidente che anche la nuova strategia “*Europa 2020*” sia destinata a seguire le orme del precedente infausto piano decennale, i cui obiettivi non sono stati raggiunti. Inoltre, con la recente (2017) revisione intermedia della strategia per il mercato unico digitale, la Commissione denuncia il mancato (o comunque insufficiente a raggiungere gli obiettivi prefissati, e segnatamente l'attuazione del mercato unico digitale) sostegno da

---

<sup>322</sup> Su tali aspetti v. il dossier realizzato dall'IFEL, *Agenda digitale e Politica di coesione 2014-2020*, pubblicato nel mese di giugno del 2016, p. 78. Cfr., inoltre, AgCom, Allegato A alla Delibera n. 254/17/CONS, del 27 giugno 2017, recante *Esiti del procedimento istruttorio di cui alla Delibera n. 113/16/CONS, concernente il riesame dell'ambito di applicazione degli obblighi di servizio universale, in relazione all'accesso a internet*.

<sup>323</sup> Comunicazione della Commissione, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, COM(2015) 192 final, 6 maggio 2015. Cfr., in merito, M.L. Maddalena, *La digitalizzazione della vita dell'amministrazione e del processo*, in *Foro amm.*, n. 10 del 2016, pp. 2535 ss., spec. pp. 2545-2546, nonché in AA.VV., *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica amministrazione*, Milano, 2017, pp. 519 ss.

<sup>324</sup> Comunicazione della Commissione *sulla revisione intermedia dell'attuazione della strategia per il mercato unico digitale*, COM(2017) 228 final, 10 maggio 2017.

<sup>325</sup> Comunicazione della Commissione *sulla revisione intermedia dell'attuazione della strategia per il mercato unico digitale*, cit., punto 1.

parte degli Stati membri e delle istituzioni legislative dell'Unione (vale a dire Parlamento e Consiglio). Ciò sembra confermare le più generali tendenze attuali che “denotano un rallentamento dell'integrazione e una certa disillusione nei confronti del mercato unico”<sup>326</sup>, con conseguente ritorno al diritto internazionale, in antitesi rispetto a un originario percorso riconducibile a un modello costituzionale<sup>327</sup>. Inoltre, le conclusioni della Commissione sopra richiamate sembrano invocare la necessità di fare una più puntuale applicazione del principio di leale collaborazione, in tutte le sue diverse declinazioni<sup>328</sup>.

### 3. L'Agenda digitale italiana.

Al fine di realizzare gli obiettivi stabiliti dall'Agenda digitale europea, è stata elaborata dal Governo italiano l'Agenda digitale italiana, che definisce la strategia nazionale a breve e a lungo termine per accelerare lo sviluppo dell'infrastruttura digitale e promuovere la diffusione sul territorio nazionale dell'uso delle tecnologie, dei servizi e dei processi digitali<sup>329</sup>.

Nel quadro dell'Agenda digitale europea, l'Italia ha dunque elaborato una propria strategia. A partire dal 2012, si è iniziata a delineare una disciplina complessiva in materia di digitalizzazione<sup>330</sup>, mediante l'emanazione di una serie di provvedimenti normativi, tra i quali il c.d. *decreto crescita*<sup>331</sup>, il c.d. *decreto crescita 2.0*<sup>332</sup>, il decreto c.d. *Semplifica*

<sup>326</sup> Così Comunicazione della Commissione, *Europa 2020*, cit., par. 3.1.

<sup>327</sup> S. Mangiameli, *Il sistema europeo: dal diritto internazionale al diritto costituzionale e ritorno?*, in *Dir. soc.*, n. 1 del 2016, pp. 11 ss., *passim*. L'A. osserva che il “percorso costituzionale” intrapreso nell'ambito del processo di integrazione europea ha subito un freno negli ultimi anni, anche a causa dell'acuirsi delle difficoltà economiche. Le misure per far fronte alla crisi sono state individuate con strumenti esterni ai trattati europei e si sono fondate non sui canoni decisionali tipici dell'Unione, ma su metodi prevalentemente intergovernativi, più vicini al diritto internazionale.

<sup>328</sup> Su tali aspetti v. G.L. Tosato, *I principi generali di diritto e l'integrazione europea. Brevi riflessioni sistemiche*, in *Astrid Rassegna*, n. 5 del 2015.

<sup>329</sup> IFEL, *Agenda digitale*, cit., p. 14.

<sup>330</sup> Cfr., in merito, E. Carloni, *Amministrazione aperta e governance dell'Italia digitale*, in *Gior. dir. amm.*, n. 11 del 2012, pp. 1041 ss., in particolare p. 1041; M.L. Maddalena, *La digitalizzazione*, cit., pp. 2550 ss.

<sup>331</sup> Decreto legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 134, recante *Misure urgenti per la crescita del Paese*.

<sup>332</sup> Decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in legge 17 dicembre 2012, n. 221, recante *Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese*.

Italia<sup>333</sup>, il c.d. *decreto del fare*<sup>334</sup> e, più recentemente, altri provvedimenti normativi<sup>335</sup>.

In tale nuovo quadro normativo, il legislatore italiano ha istituito una “Cabina di regia”<sup>336</sup> dell’Agenda digitale, strutturata in sei gruppi di lavoro a cui corrispondono sei assi strategici (tra cui quello relativo alle “*smart communities*”), ciascuno coordinato da un referente del Ministero maggiormente coinvolto nell’organizzazione delle attività<sup>337</sup>. Accanto alla Cabina di regia, l’art. 13, comma 1, d.l. n. 69/2013, modificando l’art. 47, comma 2, d.l. n. 5/2012, prevedeva l’istituzione di un “*Tavolo permanente per l’innovazione e l’agenda digitale italiana*”<sup>338</sup>. L’art. 64, comma 3, d.lgs. 26 agosto 2016, n. 179<sup>339</sup>, in attuazione della delega conferita dalla legge n. 7 agosto 2015, n. 124, ha tuttavia disposto la soppressione della Cabina di regia per l’attuazione dell’Agenda digitale italiana e del Tavolo costituito nel suo ambito, al fine di semplificare la *governance* dell’Agenda digitale<sup>340</sup>.

È stata inoltre istituita l’Agenzia per l’Italia digitale<sup>341</sup>, che costituisce l’ente di riferimento nazionale per l’Agenda digitale nelle materie di competenza, sia in ambito Unione europea, sia in ambito internazionale, in raccordo con le altre amministrazioni competenti<sup>342</sup>.

<sup>333</sup> Decreto Legge 9 febbraio 2012, n. 5, convertito in legge 4 aprile 2012, n. 35, recante *Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo*.

<sup>334</sup> Decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito in legge 9 agosto 2013, n. 98, recante *Disposizioni urgenti per il rilancio dell’economia*.

<sup>335</sup> Su tali provvedimenti v. P. Sabatini, *Implementazioni legislative nazionali all’Agenda digitale: il decreto “del fare” e le nuove disposizioni*, in *Diritto e pratica amministrativa. Speciale*, n. 9 del 2014, pp. 41 ss.

<sup>336</sup> La Cabina di regia è stata istituita dall’art. 47, comma 2, d.l. n. 5/2012. Sulla Cabina di regia v. E. Carloni, *La semplificazione telematica e l’Agenda digitale*, in *Gior. dir. amm.*, n. 7 del 2012, pp. 708 ss., spec. p. 713; F. Fracchia e P. Pantalone, *Smart City*, cit., p. 16; P. Sabatini, *Agenda digitale italiana: le norme che l’hanno regolamentata*, in *Diritto e pratica amministrativa. Speciale*, n. 9 del 2014, pp. 22 ss.; Id., *La Cabina di regia: l’organo operativo dell’Agenda digitale italiana*, *ivi*, pp. 29 ss.; M. Caporale, *L’attuazione delle smart cities. Competenze e coordinamento tra livelli di governo*, in *Ist. fed.*, n. 4 del 2015, pp. 949 ss., spec. pp. 960 ss.

<sup>337</sup> IFEL, *Agenda digitale*, cit., pp. 15-16; P. Sabatini, *La Cabina di regia*, cit., p. 29.

<sup>338</sup> Il Tavolo permanente in esame viene configurato dall’art. 47, comma 2, d.l. n. 5/2012, come un «organismo consultivo permanente» composto da esperti in materia di innovazione tecnologica e da esponenti delle imprese private e delle università, presieduto dal Commissario del Governo per l’attuazione dell’agenda digitale posto a capo di una struttura di missione per l’attuazione dell’agenda digitale istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

<sup>339</sup> Recante *Modifiche e integrazioni al Codice dell’amministrazione digitale di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, ai sensi dell’articolo 1 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*.

<sup>340</sup> Cfr., in merito, M.L. Maddalena, *La digitalizzazione*, cit., p. 2552.

<sup>341</sup> Istituita dall’art. 19 del citato d.l. n. 83/2012.

<sup>342</sup> IFEL, *Agenda digitale*, cit., p. 14, a cui si rinvia anche per un esame dei profili riguardanti organizzazione e funzionamento di tale Agenzia. Sull’Agenzia per l’Italia digitale v., inoltre, F. Fracchia e P. Pantalone, *Smart City*, cit., p. 15; E. Carloni, *Amministrazione aperta e governance dell’Italia digitale*, cit., pp. 1045-1046; Id., *Il potenziamento dell’Agenda digitale italiana*, in *Gior. dir. amm.*, n. 12 del 2013, pp. 1151 ss.; P. Sabatini, *Agenda digitale italiana*, cit., p. 23. Sul potenziamento del ruolo dell’Agenzia in questione a seguito del d.lgs. n. 179/2016 v. M.L. Maddalena, *La digitalizzazione*, cit., p. 2553.

#### 4. L'Agenda digitale (multilivello) come strumento per lo sviluppo economico: critica.

Dobbiamo rilevare come l'attuazione dell'Agenda digitale – tanto europea quanto nazionale – venga concepita come strumento per lo sviluppo economico, come strumento di crescita economica, come politica necessaria per aumentare l'efficienza in tutti i suoi aspetti.

Questa *funzione* che viene attribuita all'Agenda digitale è chiara nelle prese di posizione della Commissione europea, dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) e dell'Agenzia per l'Italia digitale (AgID).

La Commissione europea, da un lato, riconosce che per migliorare lo stile di vita dei cittadini sono necessarie politiche *intelligenti* e, dall'altro lato, afferma che il raggiungimento di tale obiettivi passa per l'Agenda digitale, la quale “contiene proposte di azioni che devono essere intraprese con urgenza per riportare l'Europa sulla strada di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva” e aggiunge che “[q]ueste proposte definiranno lo scenario per le trasformazioni che l'economia e la società, sempre più digitalizzate, porteranno nel lungo periodo”<sup>343</sup>. La stessa Commissione configura l'Agenda digitale come uno strumento per uscire dalla crisi economica<sup>344</sup> e la *smart city* come uno dei pilastri per lo sviluppo economico<sup>345</sup>.

La Commissione dunque pone non correttamente sullo stesso piano *progresso* e *sviluppo*<sup>346</sup>, laddove sembra ritenere che il miglioramento delle condizioni di vita

<sup>343</sup> Comunicazione della Commissione, *Un'agenda digitale europea*, cit., par. 1.

<sup>344</sup> Comunicazione della Commissione, *Un'agenda digitale europea*, cit., par. 1; J.M. Barroso, *Premessa alla Comunicazione della Commissione, Europa 2020*, cit.

<sup>345</sup> L. Sartori, *Alla ricerca della smart citizenship*, in *Ist. fed.*, n. 4 del 2015, pp. 927 ss., spec. p. 929. Cfr., inoltre, F. Fracchia e P. Pantalone, *Smart City*, cit., p. 8.

<sup>346</sup> Il termine *sviluppo* viene talvolta utilizzato (dalle istituzioni e dalla dottrina) come sinonimo di *crescita* e di *produttività* e accanto a termini come *efficienza* o *efficiente*. Alcuni autori utilizzano invece la parola “*crescita*” per indicare in realtà *progresso* o *prosperità*: cfr. sul punto, C. Donolo e T. Federico, *La questione meridionale e le Smart Cities*, in *Riv. econ. Mezz.*, n. 1-2 del 2013, pp. 189 ss., spec. p. 194, nota n. 10). Sulla differenza tra *progresso* e *sviluppo* v. P.P. Pasolini, *Scritti corsari*, Milano, 1990, pp. 175 ss. (si tratta di un inedito di Pier Paolo Pasolini del 1973, che non fu pubblicato dal *Corriere della Sera*). Acquisendo tale distinzione, lo *sviluppo* non è altro che un incremento dei mezzi a disposizione, mentre il *progresso* è un miglioramento delle condizioni dell'esistenza. Cfr., inoltre, la lettera enciclica *Laudato si'* del Santo Padre

dell'uomo passino dalla crescita, dallo sviluppo<sup>347</sup>. Inoltre, la c.d. *data-driven governance* e “[l]a garanzia di politiche urbane più solide (perché basate sui dati forniti dall’infrastruttura distribuita e in tempo reale) ottiene anche il risultato strumentale di servire come veicolo di accettazione sociale e legittimazione politica delle soluzioni tecnologiche”<sup>348</sup>.

Questa sovrapposizione di piani con riferimento alla funzione da attribuire all’Agenda digitale emerge dalla lettura di atti e documenti della Commissione. Si legge, infatti, che “[i]l raggiungimento degli obiettivi contenuti nell’agenda stimolerà l’innovazione e la crescita economica e migliorerà la vita quotidiana dei cittadini e delle imprese”<sup>349</sup>. Inoltre, nel documento “*Europa 2020*” si annunciano politiche, tra l’altro, per combattere la povertà<sup>350</sup>, ma sembra evidente come le tre priorità su cui si fonda “*Europa 2020*” siano

---

Francesco sulla cura della casa comune, 24 maggio 2015, punto 4 (laddove richiama il discorso che il beato Papa Paolo VI tenne il 16 novembre 1970 alla FAO) e *passim*.

<sup>347</sup> Come è stato autorevolmente rilevato, “[...] alla tecnica [e al mercato] non interessa niente del progresso inteso come miglioramento delle condizioni di vita, interessa solo lo sviluppo; uno sviluppo autoreferenziale”: così U. Galimberti, *Utopia assente? I giovani alle prese con il futuro, intervento svolto presso il Teatro Sociale all’interno della rassegna Utopia500*, 15 novembre 2016. Sotto tali profili, dobbiamo inoltre rilevare come il Programma delle Nazioni Unite per lo Sviluppo (United Nations Development Programme – UNDP) affermi che l’Occidente – che conta circa 800 milioni di abitanti tra Europa e Nord America, rispetto ai circa 7 miliardi di abitanti del Pianeta – per conservare l’attuale livello di vita ha bisogno di consumare l’80% delle risorse della Terra; dunque, solo il 20% viene lasciato agli altri 6,2 miliardi di persone. Sulla base di tali dati, l’UNDP esclude che ci possa essere una crescita. Ma non solo. Ciò implica anche che il nostro sistema economico non può neppure essere esportato, perché se tutti vivessero al nostro livello, la Terra imploderebbe. Questa è una delle contraddizioni cui è giunto il capitalismo: così U. Galimberti, *Feticismo del mercato*, Lezione magistrale tenuta a Gallarate, Teatro delle Arti, 4 marzo 2016, nell’ambito dell’edizione 2016 di *Filosofarti*. Sul punto v. anche D. Fusaro, *L’Homo Erectus del nuovo millennio quando rinunciò al lavoro*, intervento al *Sum#02 – Capire il futuro*, Ivrea, 7 aprile 2018, il quale parla di “paradosso della crescita infinita in un ecosistema finito”. Cfr., in argomento, M. Libertini, *Lezioni di diritto industriale*, Napoli, 2016 (rist. ed. 1977-1979), pp. 74 ss., il quale richiama il rapporto del M.I.T. su “*I limiti dello sviluppo*” del 1972, nel quale si sottolinea che “uno sviluppo economico mondiale non è realizzabile a tempo indefinito, per l’oggettiva limitatezza delle risorse naturali insostituibili che vengono distrutte nel processo industriale”; e che “comunque il proseguimento del processo di sviluppo può avvenire [...] solo a prezzo di una progressiva «disumanizzazione» della vita quotidiana e di una progressiva compressione della libertà individuale” (ivi, p. 75); P. Maddalena, *I beni comuni nella crisi finanziaria*, in *Il Ponte*, n. 2-3 del 2013, pp. 142 ss., spec. p. 158. Sulla “[...] idea di una crescita infinita o illimitata, che ha tanto entusiasmato gli economisti, i teorici della finanza e della tecnologia” cfr., inoltre, la lettera enciclica *Laudato si’* del Santo Padre Francesco, cit., punto 106, laddove si mette in evidenza come tale idea “suppon[ga] la menzogna circa la disponibilità infinita dei beni del pianeta, che conduce a “spremerlo” fino al limite e oltre il limite”. Sulle contraddizioni intrinseche al capitalismo v., altresì, J.M. Keynes, *Teoria generale dell’occupazione, dell’interesse, della moneta*, 1936, trad. it. a cura di A. Campolongo, Torino, 1971, nonché *Prospettive economiche per i nostri nipoti* (1930), ora nel volume *Esortazioni e profezie*, Milano, 1968, pp. 273 ss.

<sup>348</sup> L. Sartori, *Alla ricerca della smart citizenship*, cit., pp. 930-931, che, infatti, si chiede “[c]hi non vorrebbe una città più verde, più pulita, meno congestionata dal traffico e più facile da gestire?”.

<sup>349</sup> Comunicazione della Commissione, *Un’agenda digitale europea*, cit., par. 1.

<sup>350</sup> J.M. Barroso, *Premessa*, cit.

*crescita, sviluppo, efficienza*<sup>351</sup>. Ciò emerge chiaramente quando, in ordine alla priorità *crescita intelligente*, la Commissione afferma che “[u]na crescita intelligente è quella che promuove la conoscenza e l’innovazione come motori della nostra futura crescita”, e ciò implica, tra l’altro “fare in modo che le idee innovative si trasformino in nuovi prodotti e servizi tali da stimolare la crescita”<sup>352</sup>. La stessa Commissione poi afferma che “[è] essenziale insegnare agli europei a utilizzare le TIC e gli strumenti digitali, attirando soprattutto i giovani verso le formazioni in questo settore. Occorre aumentare sul piano qualitativo e quantitativo le competenze in materia di TIC e di commercio elettronico (e-business), vale a dire, le competenze digitali necessarie per l’innovazione e la crescita”<sup>353</sup>. Una tale mistificazione concettuale emerge chiaramente anche, in via più generale, nella Strategia di Lisbona, laddove il Consiglio europeo – a proposito della modernizzazione del modello sociale europeo – prima afferma che “[l]e persone sono la principale risorsa dell’Europa e su di esse dovrebbero essere impiegate le politiche dell’Unione. Investire nelle persone e sviluppare uno stato sociale attivo e dinamico sarà essenziale per la posizione dell’Europa nell’economia della conoscenza nonché per garantire che l’affermarsi di questa nuova economia non aggravi i problemi sociali esistenti rappresentati dalla disoccupazione, dall’esclusione sociale e dalla povertà”<sup>354</sup>. E poi, al punto successivo, a proposito di istruzione e formazione, tale Organo precisa che “[i] sistemi europei di istruzione e formazione devono essere adeguati alle esigenze della società dei saperi e alla necessità di migliorare il livello e la qualità dell’occupazione”<sup>355</sup>. Ancora una volta il progresso cede allo sviluppo e alla crescita, l’uomo deve cedere alla tecnica, le politiche sociali devono cedere alle logiche di mercato.

La nostra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, dal canto suo, sollecita la rapida messa a regime dell’Agenda digitale, evidenziando il rapporto tra questa *politica* e lo sviluppo economico del Paese, atteso che “dallo sviluppo delle opportunità digitali può derivare un importante contributo alla crescita economica e alla creazione di nuovi mercati

<sup>351</sup> Comunicazione della Commissione, *Europa 2020*, cit., par. 2.

<sup>352</sup> Comunicazione della Commissione, *Europa 2020*, cit., par. 2.

<sup>353</sup> Comunicazione della Commissione, *Un’agenda digitale europea*, cit., par. 2.6.1.

<sup>354</sup> Consiglio europeo di Lisbona del 23 e 24 marzo del 2000, *Conclusioni della Presidenza*, cit., punto 24.

<sup>355</sup> Consiglio europeo di Lisbona del 23 e 24 marzo del 2000, *Conclusioni della Presidenza*, cit., punto 25.

La promozione della formazione per migliorare le proprie abilità e quindi divenire maggiormente competitivi nel mercato del lavoro rappresenta un tradizionale strumento di stampo neoliberista per promuovere l’inclusione sociale, che oggi però rivela chiaramente il suo limite in uno scenario di crescente disoccupazione: così A. Vanolo, *Smart city e sviluppo urbano: alcune note per un’agenda critica*, in *Scienze del territorio*, n. 3 del 2015, pp. 111 ss., spec. p. 117.

sia attraverso nuovi investimenti, sia grazie a nuovi impulsi nelle scelte di consumo orientate a servizi innovativi”<sup>356</sup>.

Non dissimile l’approccio dell’Agenzia per l’Italia digitale, la quale nella definizione da essa predisposta si legge che “[c]on il termine Smart City/Community (SC) si intende quel luogo e/o contesto territoriale ove l’utilizzo pianificato e sapiente delle risorse umane e naturali, opportunamente gestite e integrate mediante le numerose tecnologie ICT già disponibili, consente la creazione di un ecosistema capace di utilizzare al meglio le risorse e di fornire servizi integrati e sempre più intelligenti (cioè il cui valore è maggiore della somma dei valori delle parti che li compongono)”<sup>357</sup>. Il documento in esame dell’Agenzia è stato condivisibilmente criticato dalla dottrina, in quanto “redatto dall’assunto di una convergenza tra attori umani e sensori, attori pubblici e privati, per la produzione e il consumo di dati”<sup>358</sup>. In una simile visione, “pesantemente orientata all’offerta di servizi e non all’inclusione dei cittadini, si perde totalmente la dimensione politica di confronto per la costruzione dal basso della città”<sup>359</sup>.

L’approccio dell’Agenzia è seguito anche dal legislatore, il quale all’art. 47 del d.l. n. 5/2012 prevede che il Governo, nel quadro delle indicazioni dell’Agenda digitale europea, persegua l’obiettivo prioritario della modernizzazione dei rapporti tra P.A., cittadini e imprese, attraverso azioni coordinate dirette a (i) favorire lo sviluppo di domanda e offerta di servizi digitali innovativi; (ii) incentivare cittadini e imprese all’utilizzo di servizi digitali; (iii) promuovere la crescita di capacità industriali adeguate a sostenere lo sviluppo di prodotti e servizi innovativi; (iv) potenziare l’offerta di connettività a banda larga<sup>360</sup>. In tale quadro s’inserisce coerentemente la disposizione di cui all’art. 20, d.l. n. 179/2012, che stabilisce che “L’Agenzia per l’Italia digitale definisce strategie e obiettivi, coordina il processo di attuazione e predispone gli strumenti tecnologici ed economici per il progresso delle comunità intelligenti”. Anche le modifiche intervenute con il successivo “decreto crescita” (d.l. n. 83/2013) vanno nella medesima direzione, in quanto il sistema di regole che si va delineando (che comprende il Codice dell’amministrazione digitale, d.lgs. 7 marzo

---

<sup>356</sup> AGCM, *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2013 (AS988)*, 2 ottobre 2012, par. 5.

<sup>357</sup> AgID, *Architettura per le comunità intelligenti: visione concettuale e raccomandazioni alla pubblica amministrazione*, versione 2.0, 3 ottobre 2012, consultabile alla pagina web [http://www.agid.gov.it/sites/default/files/documenti\\_indirizzo/archsc\\_v2.0.pdf](http://www.agid.gov.it/sites/default/files/documenti_indirizzo/archsc_v2.0.pdf), p. 6.

<sup>358</sup> L. Sartori, *Alla ricerca della smart citizenship*, cit., p. 940.

<sup>359</sup> L. Sartori, *Alla ricerca della smart citizenship*, cit., p. 940.

<sup>360</sup> Cfr., sul punto, IFEL, *Agenda digitale*, cit., pp. 13-14.

2005, n. 82) vede nel ricorso alle ICT da parte delle pubbliche amministrazioni la risposta a più esigenze, tra le quali la crescita (o *sviluppo*)<sup>361</sup>.

Questo aspetto è poi confermato nel Progetto strategico “*Agenda digitale italiana*”, che si prefigge diversi risultati, tra i quali “stimolare una crescita economica più *intelligente* basata sull’informazione e sulla conoscenza, operando su 4 fronti principali: A) *Banda larga e ultra-larga*, B) *Smart Communities/Cities*, C) *Open data*; D) *Cloud computing*”<sup>362</sup>.

Il carattere servente delle infrastrutture digitali rispetto alle città/comunità intelligenti sembra emergere dalla lettura dell’art. 47, comma 2 *bis*, d.l. 5/2012, laddove si afferma che la Cabina di regia (oggi soppressa) nell’attuazione dell’*Agenda digitale italiana* persegue determinati obiettivi, tra cui, quello della “realizzazione delle infrastrutture tecnologiche e immateriali al servizio delle «comunità intelligenti» (*smart communities*)” (lett. a), anche se poi, tuttavia, il legislatore finalizza tutto – in modo riduttivo – alla soddisfazione della crescente domanda di servizi digitali prevedendo che le infrastrutture siano “finalizzate a soddisfare la crescente domanda di servizi digitali in settori quali la mobilità, il risparmio energetico, il sistema educativo, la sicurezza, la sanità, i servizi sociali e la cultura”<sup>363</sup>. Anche alcuni autori<sup>364</sup> mettono in evidenza che il vantaggio principale delle *smart city* – e più in generale del ricorso alle tecnologie digitali – consista nell’incremento dell’efficienza, nella maggiore produttività dell’uomo.

## 5. Le città come nuovi mercati, ovvero della trasfigurazione della politica.

Questo approccio giustifica e agevola non solo la presenza di colossi internazionali operanti nel settore ITC in *meeting* internazionali, come ad esempio è accaduto al *Digital Venice* nel luglio del 2012<sup>365</sup>, ma anche e soprattutto gli investimenti di imprese multinazionali in tecnologie per le *smart city*<sup>366</sup>, già a partire dagli inizi degli anni Novanta del secolo scorso,

<sup>361</sup> E. Carloni, *Amministrazione aperta e governance dell’Italia digitale*, cit., p. 1042.

<sup>362</sup> Cfr., sul punto, IFEL, *Agenda digitale*, cit., p. 14.

<sup>363</sup> Cfr., sul punto E. Ferrero, *Le smart cities nell’ordinamento giuridico*, in *Foro amm.*, 2015, pp. 1267 ss., spec. p. 1276.

<sup>364</sup> D. Ielo, *L’agenda digitale: dalle parole ai fatti*, Torino, 2015, p. XIX.

<sup>365</sup> Sul quale si v. P. Sabatini, *Gli impegni sottoscritti e le proposte di partnership internazionale avanzate al Digital Venice*, in *Diritto e pratica amministrativa. Speciale*, n. 9 del 2014, p. 47.

<sup>366</sup> Si stima che il mercato per le tecnologie *smart city* possa raggiungere i 20 miliardi di dollari entro il 2020: S. Andreani, F. Bianconi e M. Filippucci, *Smart cities e contratti di paesaggio*, cit., p. 900.

“creando un ponte fra il discorso sulla città tecnologica e quello sulla città sostenibile”<sup>367</sup>. Sin da allora, infatti, dette imprese hanno individuato il nesso tra le soluzioni tecnologiche e i processi di riorganizzazione e ristrutturazione della città. La necessità di individuare soluzioni *smart* a problematiche concrete “ha quindi creato specifiche nicchie di mercato che i grandi attori commerciali hanno occupato, proponendo soluzioni apparentemente orientate all’inclusione dei cittadini”<sup>368</sup>. Le città sono viste come un nuovo mercato “fatto di network complessi di sistemi interconnessi che monitorano e misurano la vita urbana, offrendo ai policy-maker dati più completi, affidabili e robusti per assumere le decisioni migliori”<sup>369</sup>. L’idea di *smart city* nasce dunque da queste iniziative private per poi approdare “nei circuiti della politica”<sup>370</sup>. E ciò conferma ulteriormente come la politica

---

<sup>367</sup> Così A. Vanolo, *Smart city e sviluppo urbano*, cit., pp. 113-114, a cui si rinvia per una rassegna dei progetti delle imprese multinazionali in materia *smart city*.

<sup>368</sup> L. Sartori, *Alla ricerca della smart citizenship*, cit., p. 930. Anche lo sviluppo dell’IA e di tutte le sue componenti (piattaforme di sviluppo, dati, conoscenze e competenze) è in gran parte nelle mani di cinque grandi società tecnologiche (Amazon, Apple, Facebook, Google e Microsoft): così Comitato economico e sociale europeo (CESE), *L’intelligenza artificiale – Le ricadute dell’intelligenza artificiale sul mercato unico (digitale), sulla produzione, sul consumo, sull’occupazione e sulla società*, INT/806, 31 maggio 2017, par. 3.28.

<sup>369</sup> L. Sartori, *Alla ricerca della smart citizenship*, cit., p. 930.

<sup>370</sup> Così A. Vanolo, *Smart city e sviluppo urbano*, cit., p. 114. Un tale approccio sembra mettere in discussione la stessa economia sociale di mercato (su cui si fonda l’Unione europea), che esige un potere decisionale pubblico non condizionato da poteri privati. In argomento cfr. M. Libertini, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell’impresa*, in V. Di Cataldo, P.M. Sanfilippo (a cura di), *La responsabilità sociale dell’impresa. In ricordo di Giuseppe Auletta*, Torino, 2013, pp. 9 ss., spec. p. 39. Sui cambiamenti nei rapporti tra burocrazie e interessi v. L. Ornaghi, *Le burocrazie e gli interessi organizzati*, in *Amministrare*, n. 1 del 2017, pp. 75 ss. Sul ruolo sempre crescente che hanno le potenti tecnocrazie internazionali e le imprese transnazionali dominatrici di settori strategici (primi fra tutti quelli dell’informazione e della comunicazione) sulla “nuova politica”, che nulla o poco ha di democratico v. M. Luciani, *L’antisovrano e la crisi delle Costituzioni*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, II, Padova, 1998, pp. 731 ss., spec. pp. 779-780, il quale parla di un *antisovrano* (alla stregua dell’antipapa e dell’anticristo), che si contrappone al sovrano da noi conosciuto; *antisovrano* che, tra l’altro, non è un soggetto, ma una pluralità di soggetti e si arroga un potere senza averne il legittimo titolo (senza un’investitura democratica). È detentore di un potere che aspira ad essere universale ed è l’agente che determina la crisi del mondo democratico, come l’abbiamo sino ad oggi conosciuto. Cfr., inoltre, I.D. Mortellaro, *Le istituzioni della mondializzazione*, in P. Ingrao, R. Rossanda (a cura di), *Appuntamenti di fine secolo*, Roma, 1995, pp. 224 ss., spec. pp. 227, 241, il quale, peraltro, vede nell’intreccio e nella competizione di poteri il *nuovo sovrano*.

non sia più il “luogo della decisione”<sup>371</sup> (*basilikè téchne*)<sup>372</sup>, giacché la politica dipende dall’economia<sup>373</sup>, e l’economia dalla tecnica<sup>374</sup> e dai mercati<sup>375</sup>. L’indirizzo politico dunque

<sup>371</sup> Così U. Galimberti, *Utopia assente?*, cit. Come afferma N. Bobbio, *Il paradosso della Riforma*, in J. Jacobelli (a cura di), *Un’altra repubblica? Perché come quando*, Roma, 1988, pp. 20 ss., spec. p. 21, “[l]a funzione del sistema politico è quella di produrre decisioni ovvero regole imperative per risolvere conflitti d’interesse fra individui e fra gruppi al fine di renderne possibile la pacifica convivenza”. Parte della dottrina (G. Volpe, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, 2000, p. 255) si esprime nel senso di una “neutralizzazione” della politica causata dallo sviluppo tecnologico: “[...] la politica, intesa come «arte di governare la cosa pubblica» (res publica), sempre meno trova legittimazione nelle ideologie vincenti, e sempre più, invece, nelle comprovate capacità tecniche dei governanti” (*ibidem*). Cfr., inoltre, E. Triggiani, *Spunti e riflessioni sull’Europa*, Bari, 2015, p. 201. Altri Autori sostengono che in questi ultimi decenni il Parlamento abbia “perso, sia sul piano quantitativo sia su quello qualitativo, la sua originaria posizione di centralità nella produzione normativa, per slittare progressivamente verso collocazioni laterali”. Tali A. affermano come “[a]ll’idea di un Parlamento legislatore chiamato ad approvare grandi leggi sociali di sistema tende sempre più a sostituirsi quella di un Parlamento “meta-legislatore”, che si limita a fornire la cornice organizzativa per la regolazione della vita economica e sociale, la quale peraltro viene decisa in altri “luoghi” – evidentemente non parlamentari – e con strumenti diversi dalla legge”: così F. Capriglione e R. Ibrido, *La Brexit tra finanza e politica*, Torino, 2017, p. 102. Sulla scomparsa del politico come fattore di rischio che potrebbe determinare la scomparsa della Costituzione v. M. Luciani, *L’antisovrano e la crisi delle Costituzioni*, cit., p. 738. Sulla sottomissione della politica alla tecnologia e alla finanza v. anche la lettera enciclica *Laudato si’* del Santo Padre Francesco, cit., punti 54 e 178. Più in generale, sul termine “politica” v. N. Bobbio, voce *Politica*, in *Dizionario di politica*, diretto da N. Bobbio, N. Matteucci, Torino, 1976, pp. 728 ss.; F. Gentile, voce *Politica (filosofia del diritto)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, pp. 58 ss.; G. Sartori, *La politica. Logica e metodo in scienze sociali*, Milano, 1979.

<sup>372</sup> Ossia, come ci ricorda Platone, la politica come “*tecnica regia*”, capace di assegnare alle tecniche le finalità delle loro procedure. Le tecniche infatti sanno *come* le cose devono essere fatte, ma non sanno *se* e *perché* devono essere fatte, cioè la politica decide. Su tali aspetti si è recentemente soffermato U. Galimberti, *Feticismo del mercato*, cit.

<sup>373</sup> Cfr., sul punto, A. Somma, *Giustizia o pacificazione sociale? Codeterminazione nello scontro tra modelli di capitalismo*, in *Pol. dir.*, n. 4 del 2015, pp. 549 ss., spec. p. 552. Cfr., inoltre, Z. Bauman, *La solitudine del cittadino globale*, Milano, 2000, p. 79, che parla di progressiva erosione della politica a vantaggio dell’economia e sostiene che “al centro della crisi attuale del processo politico non è tanto l’assenza di valori o la loro confusione generata dalla loro pluralità, quanto l’assenza di un’istituzione rappresentativa abbastanza potente da legittimare, promuovere e rafforzare qualunque insieme di valori o qualunque gamma di opzioni coerente e coesa”.

<sup>374</sup> Come avverte N. Irti, *Il diritto nell’età della tecnica*, Napoli, 2007, p. 18, “la tecno-economia vuole farsi, essa stessa, normativa, e determinare il contenuto del diritto [...]. Le leggi naturali dell’economia, resuscitando i pallidi fantasmi del diritto naturale, tendono a collocarsi al di là e al di sopra del potere giuridico-politico”.

<sup>375</sup> Interessante, sotto questo profilo, il contributo di Antonio Ruggeri, significativamente e provocatoriamente (ma non troppo, come lo stesso Autore sottolinea) intitolato *Art. 94 della Costituzione vivente: ‘Il Governo deve avere la fiducia dei mercati’ (nota minima a commento della nascita del Governo Monti)*, parafrasando l’art. 94 della Costituzione. Il contributo è pubblicato sulla rivista *Federalismi.it*, n. 23 del 30 novembre 2011. Sul mercato come nuovo sovrano v. N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, *passim*; M. Barcellona, *Il nichilismo giuridico, la forma del diritto moderno e il nuovo sovrano*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, pp. 769 ss.; Id., *L’interventismo europeo e la sovranità del mercato*, cit., pp. 155 ss.

non promana più dal popolo come espressione di sovranità<sup>376</sup>, bensì dai mercati<sup>377</sup>, che costituiscono una forma di tecnica<sup>378</sup>. L'umanità viene ridotta "ad una condizione assolutamente impolitica", [nel nome di] fini utopistici" del pensiero tecnico-economico<sup>379</sup>. In tale quadro, la politica, la partecipazione, la democrazia, la rappresentanza sono improntate alla valorizzazione della tecnica<sup>380</sup>.

Si è parlato in dottrina di una sorta di *Stato-governo*, muovendo dalla definizione di "*Stato tecnico*" del Crisafulli<sup>381</sup>, "cioè uno Stato soggetto della concezione dogmatica precedente a quella dello Stato moderno, e non uno Stato sovrano con un popolo che ha una identità politica organizzata"<sup>382</sup>.

## 6. La svolta imprenditoriale delle comunità locali e la *new information economy*.

La realizzazione delle città e comunità intelligenti si colloca, dunque, nell'ambito delle

---

<sup>376</sup> In tal senso T. Martines, voce *Indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, pp. 134 ss., spec. pp. 147 ss. Sulla crisi della politica come fattore di rischio del modello di legittimazione delle decisioni pubbliche, nel quale (modello) la legittimazione del "*Parlamento legislatore*" [...] derivava dal consenso degli elettori" v. F. Capriglione, R. Ibrido, *La Brexit tra finanza e politica*, cit., pp. 100 ss., spec. pp. 103-104. Sul "deterioramento della qualità della rappresentanza politica" come "nervo scoperto della società occidentale contemporanea" v. M. Libertini, *Economia sociale di mercato*, cit., pp. 42-43. Sulla tecnica e sulle norme tecniche e sulla crisi del concetto di sovranità e di quello di rappresentanza v. F. Salmoni, *Norme tecniche e dottrina giuspubblicistica*, in *Percorsi costituzionali*, n. 2 del 2017, pp. 721 ss., spec. pp. 737-738. Sulla graduale erosione della sovranità statale da parte di soggetti sovranazionali, internazionali e transnazionali (tanto pubblici quanto privati) si v., senza pretesa di completezza, A. Predieri, *Le norme tecniche come fattore di erosione e di trasferimento di sovranità*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, IV, 1996, Modena, 1996, pp. 1413 ss., spec. pp. 1443 ss.; M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle Costituzioni*, cit., pp. 731 ss.; G. Silvestri, *La parabola della sovranità. Ascesa declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, pp. 3 ss.; G. Guarino, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.*, 1992, pp. 21 ss., spec. p. 32, il quale osserva che privandosi dei "poteri di più diretto intervento nella economia, lo Stato diviene non-Stato". Sull'erosione della sovranità statale ad opera dei corpi intermedi v. Santi Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1910, pp. 87 ss.

<sup>377</sup> Cfr. P. Maddalena, *I beni comuni nella crisi finanziaria*, cit., p. 167.

<sup>378</sup> Così U. Galimberti, *Utopia assente?*, cit., il quale rileva come i mercati peraltro non siano enti di natura ma faccende umane.

<sup>379</sup> Come efficacemente rilevato da C. Schmitt, *Cattolicesimo romano e forma politica*, Milano, 1986, p. 54.

<sup>380</sup> Così A.M. Nico e G. Luchena, *L'Unione europea e i diritti «abbandonati»: una premessa*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, n. 2 del 2016, pp. 1 ss., spec. p. 5. Sul rapporto tra tecnica e politica v. G. Guarino, *Verso l'Europa ovvero la fine della politica*, Milano, 1997; G. Grasso (a cura di), *Il governo tra tecnica e politica*, Napoli, 2016.

<sup>381</sup> V. Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in *Scritti in memoria di V.E. Orlando*, Padova, 1957, pp. 414-415.

<sup>382</sup> A.M. Nico e G. Luchena, *L'Unione europea e i diritti «abbandonati»*, cit., p. 5.

iniziative per l'attuazione dell'Agenda digitale nazionale<sup>383</sup>. Come rilevato sopra, infatti, il tema delle *smart city* viene considerato come un elemento della complessiva strategia di digitalizzazione pubblica, da sviluppare nell'ambito delle competenze attribuite all'Agenzia per l'Italia digitale<sup>384</sup>.

Un tale approccio che pone la tecnologia al centro lasciando il cittadino in secondo piano può tuttavia dare luogo a caratteristiche non ideali per una città che aspiri a diventare (più) intelligente<sup>385</sup>. L'aver attribuito carattere centrale alle politiche di digitalizzazione determina trasformazioni nella distribuzione della ricchezza urbana, talora in senso liberista, in quanto i progetti per le *smart city* tendono a tradursi in azioni per rilanciare tradizionali progetti imprenditoriali di taglio neoliberale<sup>386</sup>. Un approccio di tal fatta ha preso forma a partire dagli anni Novanta del secolo scorso e si colloca in una retorica neoliberale che vede le città come *motori* dello sviluppo<sup>387</sup>.

Riteniamo che la digitalizzazione (e lo stesso può essere affermato con riguardo ai processi di automazione e all'intelligenza artificiale<sup>388</sup> che ormai pervadono pressoché ogni aspetto

<sup>383</sup> M. Caporale, *L'attuazione delle smart cities*, cit., pp. 949 ss.

<sup>384</sup> Cfr., in merito, R. Carpentieri, *L'agenda digitale*, in *Gior. dir. amm.*, n. 3 del 2013, pp. 225 ss.; M. Caporale, *L'attuazione delle smart cities*, cit., pp. 958 ss.

<sup>385</sup> In merito, v. S. Andreani, F. Bianconi, M. Filippucci, *Smart cities e contratti di paesaggio*, cit., p. 904. Cfr., inoltre, L. Sartori, *Alla ricerca della smart citizenship*, cit., pp. 927 ss., a cui si rinvia anche per l'esame dei diversi profili legati alle caratteristiche intrinseche della tecnologica e alla sorveglianza di massa, che evidenziano punti critici e che sono sempre stati lasciati sullo sfondo, ma che si intrecciano con la complessità urbana di una città, come ad esempio l'obsolescenza delle infrastrutture tecnologiche, problemi di *lock-in*, classificazione e profilazione sociale dei cittadini (*social sorting*), ecc. (ivi, pp. 938 ss.).

<sup>386</sup> Così E. Carloni, *Città intelligenti*, cit., p. 242; R. Hollands, *Will the real smart city please stand up?*, in *City*, 2008, vol. 12, n. 3, pp. 303 ss.; L. Sartori, *Alla ricerca della smart citizenship*, cit., pp. 932 ss.

<sup>387</sup> A. Vanolo, *Smart city e sviluppo urbano*, cit., p. 111, il quale aggiunge che una tale visione delle città è stata elaborata "a partire dai discorsi di grandi organismi internazionali" (come la World Bank nel 1991 e nel 2000). Si tratta di un approccio "che supera i tradizionali modi di intendere le città come spazi di integrazione sociale e di riduzione delle disuguaglianze, come nella tradizione Keynesiana, per considerarle invece come spazi propulsivi per l'economia grazie alla loro capacità di generare innovazione tecnologica, di integrare economie regionali nei circuiti della globalizzazione, di attrarre capitali per finanziare la propria trasformazione e riqualificazione" (*ibidem*).

<sup>388</sup> AA.VV., *Artificial Intelligence and life in 2030. One hundred year study on artificial intelligence*, Report of the 2015 Study Panel, Stanford University, September 2016, p. 4, laddove l'Intelligenza Artificiale (IA) viene definita come "a science and a set of computational technologies that are inspired by—but typically operate quite differently from—the ways people use their nervous systems and bodies to sense, learn, reason, and take action". Il documento è consultabile alla seguente pagina web: [https://ai100.stanford.edu/sites/default/files/ai\\_100\\_report\\_0831fnl.pdf](https://ai100.stanford.edu/sites/default/files/ai_100_report_0831fnl.pdf). Marvin Minsky (pioniere in materia di Intelligenza Artificiale) definisce l'Intelligenza Artificiale come "the science of making machines do things that would require intelligence if done by men": OECD, *Technology Foresight Forum 2016 on Artificial Intelligence (AI)*, cit., laddove si osserva inoltre che "[t]he term AI is therefore used when machines perform human-like cognitive functions such as learning, understanding, reasoning and interacting. For example, machines understanding human speech, competing in strategic game systems, driving cars autonomously or interpreting complex data are currently considered to be AI applications". Si deve, peraltro, rilevare come molte definizioni di IA siano state elaborate nel corso del tempo. Ad oggi non esiste "una

delle nostre attività<sup>389</sup>) deve essere vista come strumentale al *progresso* e non (quasi) esclusivamente allo *sviluppo*<sup>390</sup>, come emerge chiaramente dall'art. 9 del Codice dell'amministrazione digitale<sup>391</sup>, nonché da alcune pronunce della giurisprudenza<sup>392</sup>. Oggi, invece, la scuola liberale e neoliberale sembra voler attribuire alla digitalizzazione (ed alla automazione e all'intelligenza artificiale) una funzione esattamente opposta a quella a cui dovrebbe invece tendere. Una funzione individualistica e meramente efficientistica, che punta soltanto (o principalmente) alla crescita (quantitativa)<sup>393</sup>, obliterando quasi completamente le ricadute antisociali di quest'approccio<sup>394</sup>.

In tale logica, le comunità locali sono chiamate ad una "svolta imprenditoriale"<sup>395</sup>,

---

nozione, normativa o scientifica, di intelligenza artificiale che possa dirsi convenzionalmente condivisa": così R. Angelini, *Intelligenza artificiale*, cit., p. 1. Cfr., sul punto, R. Bifulco, *Intelligenza Artificiale, internet e ordine spontaneo*, in F. Pizzetti (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, pp. 383 ss.; Parlamento europeo, Risoluzione del 16 febbraio 2017, cit., *Considerando C*), nonché CESE, *L'intelligenza artificiale*, cit., par. 2.1.

<sup>389</sup> L'Intelligenza Artificiale può trovare applicazione in molti ambiti, tra cui la medicina, con la diagnostica, la chirurgia, le protesi artificiali e l'infermieristica; l'intrattenimento, con la creazione di programmi amatoriali sempre nuovi e quindi di nuove forme di svago; i trasporti, con lo sviluppo di veicoli a guida autonoma; i servizi domestici, con la domotica multifunzione; l'educazione, con il ricorso a *tutor* robotici; la sicurezza pubblica, con i sistemi di sorveglianza e di analisi per algoritmi. Anche le forme di espressione dell'IA sono potenzialmente indeterminate: R. Angelini, *Intelligenza artificiale*, cit., p. 4. Anche attività che dovrebbero restare appannaggio dell'uomo (per la loro dimensione creativa e interpersonale), sono destinate ad essere sostituite dai *robot*, come accaduto al teatro Verdi di Pisa, nel settembre 2017, dove il *robot* Yumi ha diretto un'orchestra sinfonica, e a Sasebo, in Giappone, dove gli ospiti dell'hotel Henn-na vengono ricevuti da *robot* dalle sembianze umane (ivi, p. 16).

<sup>390</sup> In termini, A. Soro, *Intervento*, cit., il quale osserva che "[l]a tecnica dev'essere progresso, in primo luogo umano e sociale, non cieco positivismo, pena la negazione delle essenziali conquiste di civiltà raggiunte nel corso della storia".

<sup>391</sup> Tale disposto stabilisce che l'uso delle nuove tecnologie deve "promuovere una maggiore partecipazione dei cittadini, anche residenti all'estero, al processo democratico e per facilitare l'esercizio dei diritti politici e civili e migliorare la qualità dei propri atti, anche attraverso l'utilizzo, ove previsto e nell'ambito delle risorse disponibili a legislazione vigente, di forme di consultazione preventiva per via telematica sugli schemi di atto da adottare" (art. 9, d.lgs. n. 82/2005).

<sup>392</sup> Tra le più recenti, v. Tar Lazio, Sez. III *bis*, 4 aprile 2017, n. 4195; Tar Puglia, Bari, Sez. I, 27 giugno 2016, n. 806 e 807, nonché 9 giugno 2016, n. 765.

<sup>393</sup> Come emerge chiaramente nei più autorevoli e partecipati *fora* internazionali. In sede OECD, ad esempio, si osserva che "[s]ince AI sees data and patterns at scales that humans cannot, it creates opportunities for cost reductions and efficiency gains" e l'attenzione specifica e ricorrente riposa sulle stime di crescita, quando si rileva che "[e]stimates of the value that will be generated by AI are extremely high" e si richiamano le previsioni di Accenture, che stima che "the labour productivity increases from AI at between 11% and 37% percent depending on the country by 2035": OECD, *Technology Foresight Forum 2016 on Artificial Intelligence (AI)*, cit. Sull'IA come nuovo *fattore di produzione* cfr. R. Angelini, *Intelligenza artificiale*, cit., p. 10. Sul ruolo dei pubblici poteri nel promuovere l'innovazione tecnologica ai fini dello sviluppo economico v. M. Clarich, *Istituzioni, nuove tecnologie, sviluppo economico*, in *Dir. pubbl.*, n. 1 del 2017, pp. 75 ss.

<sup>394</sup> Cfr., in merito, R. Hollands, *Will the real smart city*, cit., pp. 312 ss. Anche il Parlamento europeo Risoluzione del 16 febbraio 2017, cit., *Considerando K*), rileva che "[...] a fronte delle crescenti divisioni della società e della riduzione delle dimensioni della classe media, è importante tenere presente che gli sviluppi della robotica possono condurre a una forte concentrazione di ricchezza e potere nelle mani di una minoranza".

<sup>395</sup> In merito, v. L. Sartori, *Alla ricerca della smart citizenship*, cit., p. 933.

nell'ambito della quale esse sono coinvolte in progetti imprenditoriali di matrice neo-liberale e sono formate dalla scuola capitalistica, orientata alla *new information economy*. Si tratta di una *education* finalizzata a soddisfare i bisogni delle *new creative and informational classes*<sup>396</sup>. È evidente come in tale scenario non vi sia spazio per alcuna inclusione sociale, e il capitale umano viene ad essere utilizzato nell'ambito di una "culture of Contentment", "with unskilled local labour servicing the leisure and lifestyle needs of the new incoming knowledge and creative workers"<sup>397</sup>. D'altro canto, ciò costituisce manifestazione di una tendenza più generale di questi ultimi anni, che si registra chiaramente nel settore giuslavoristico, come nel caso delle politiche europee in materia di deregolamentazione del "mercato del lavoro"<sup>398</sup>, o della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di lavoro<sup>399</sup>, o delle riforme intraprese in alcuni Stati dell'Unione (come la Germania<sup>400</sup>), o a livello interno della c.d. "legge Fornero"<sup>401</sup>, nonché del c.d. *Jobs*

---

<sup>396</sup> J. Peck, *Struggling with the creative class*, in *International Journal of Urban and Regional Research*, Vol. 29, Issue 4, 2005, pp. 740 ss.; L. Sartori, *Alla ricerca della smart citizenship*, cit., p. 933.

<sup>397</sup> R. Hollands, *Will the real smart city*, cit., p. 313.

<sup>398</sup> A. Ciervo, *Con la scusa della crisi. Il neo-liberismo e le trasformazioni dello Stato costituzionale. Riflessioni a partire da due recenti volumi di Pierre Dardot e Christian Laval*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3 del 2015, pp. 43-45, 53 ss. Sulla liberalizzazione del mercato del lavoro, emblematico è il Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia, presentato dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali nel 2001, alle cui direttive si è ispirata la legge 14 febbraio 2003, n. 30 (c.d. legge Biagi), nonché il d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Il Libro Bianco, riconducendo tutti i problemi relativi alla domanda e all'offerta di lavoro all'eccessiva rigidità del mercato del lavoro, ha affermato la necessità di liberalizzare detto mercato mediante, tra l'altro, tipologie contrattuali flessibili. Su tali aspetti v. D. Bifulco, *subArt. 35*, in M. Celotto, R. Bifulco e M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, 2006, pp. 719 ss., spec. p. 737.

<sup>399</sup> Cfr., sul punto, G. Azzariti, *Verso la democrazia attraverso i diritti*, in *Pol. dir.*, n. 1-2 del 2013, pp. 3 ss., spec. p. 7. Si v., altresì, S. Gambino, *I diritti sociali fra costituzioni nazionali e costituzionalismo europeo*, in *Federalismi.it*, n. 24 del 2012, pp. 9-10, nonché pp. 13 ss. Si v., ad esempio, tra le altre pronunce, Corte di giustizia CE, *Francovich c. Repubblica italiana*, caso C-6/90 e C-9/90, sentenza 19 novembre 1991, nonché Corte di giustizia UE, *Dirk Rüffert c. Land Niedersachsen*, caso C-346/06, sentenza 3 aprile 2008.

<sup>400</sup> Alludiamo, in particolare, alla c.d. "Agenda 2010", presentata dall'allora Cancelliere Gerhard Schröder con il fine di "modernizzare" e rendere "funzionante" l'economia sociale di mercato. La parte centrale di tale *Agenda* è un pacchetto di quattro riforme ispiratesi al cosiddetto "concetto Hartz", dal nome di chi ha presieduto la commissione che lo ha elaborato. Tale riforma è destinata a precarizzare e svalutare il lavoro e ha inciso in maniera negativa anche sul piano della sicurezza sociale. Su tali aspetti v., più approfonditamente, A. Somma, *Giustizia o pacificazione sociale?*, cit., pp. 568 ss.

<sup>401</sup> Legge 28 giugno 2012, n. 92, recante *Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*.

*Act*<sup>402</sup> o ancora del c.d. *Accordo sulla produttività*, firmato a Roma il 16 novembre 2012<sup>403</sup>. Si tratta di interventi che, da un lato, mostrano la *lontananza* dell'Unione "rispetto ai diritti che essa stessa ha riconosciuto e iscritto in un testo di valore costituzionale"<sup>404</sup> e, dall'altro lato, determinano il "sostanziale smantellamento del diritto del lavoro, così come lo abbiamo conosciuto in Italia, da oltre un secolo a questa parte"<sup>405</sup>.

## 7. La digitalizzazione e la sua funzione sociale.

<sup>402</sup> Legge 10 dicembre 2014, n. 183, recante *Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*, su cui v. G. Allegri, G. Bronzini, *Libertà e lavoro dopo il Jobs Act. Per un garantismo sociale oltre la subordinazione*, Roma, 2015; S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1 del 2015; F. Angelini, *Il Governo, il lavoro e la Costituzione nel c. d. "Jobs Act"*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1 del 2015; C. Salazar, *Jobs Act e Costituzione: qualche riflessione*, in *Quad. cost.*, n. 1 del 2016, pp. 95 ss. (che si sofferma in particolare su taluni profili di incostituzionalità ravvisabili, secondo l'A., nella disciplina del contratto a tutele crescenti di cui al *Jobs Act*); M. Corti, *Jobs Act e Costituzione: i molti interrogativi di un rapporto difficile*, in *Quad. cost.*, n. 1 del 2016, pp. 98 ss. Il *Jobs Act* si fonda sulla strategia europea per l'occupazione (SEO) e sulla c.d. *flexicurity*: Comunicazione della Commissione, *Verso principi comuni di flessicurezza: Posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza*, COM(2007) 359 def., 27 giugno 2007. Sulla *flexicurezza* si rinvia, più in generale, a T. Treu, *Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2013, pp. 597 ss., spec. pp. 610 ss., il quale sottolinea in particolare la diversità della sua applicazione fra gli Stati europei a cominciare dall'equilibrio fra i due termini flessibilità e sicurezza; F. Fontanarosa, *La riforma del mercato del lavoro tra flessibilità e sicurezza: come cambia la tutela giuridica del lavoratore nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, in *Rivista AIC*, n. 4 del 2012, pp. 1 ss.; M. Cataldi, *Jobs Act: l'incerto equilibrio tra flessibilità e sicurezza*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2 del 2014, pp. 1 ss. Recentemente, la Corte costituzionale con un comunicato del 26 settembre 2018 (disponibile alla pagina web <https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/licenziamento.pdf>) ha anticipato quanto deciso con una sentenza del precedente 25 settembre 2018 (non ancora pubblicata) pronunciandosi su alcune questioni di legittimità costituzionale del c.d. *jobs act* sollevate dal Tribunale del Lavoro di Roma. In particolare, nella nota si legge che la Consulta "ha dichiarato illegittimo l'articolo 3, comma 1, del Decreto legislativo n.23/2015 sul contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, nella parte – non modificata dal successivo Decreto legge n.87/2018, cosiddetto "Decreto dignità" – che determina in modo rigido l'indennità spettante al lavoratore ingiustificatamente licenziato. In particolare, la previsione di un'indennità crescente in ragione della sola anzianità di servizio del lavoratore è, secondo la Corte, contraria ai principi di ragionevolezza e di uguaglianza e contrasta con il diritto e la tutela del lavoro sanciti dagli articoli 4 e 35 della Costituzione".

<sup>403</sup> Per un esame critico di tale *accordo* si rinvia A. Algostino, *La produttività e la lotta di classe: una lettura nel nome della Costituzione*, *Pol. dir.*, n. 1-2 del 2013, pp. 33 ss., la quale osserva come dalla lettura dell'Accordo emerga chiaramente "l'orizzonte di pensiero sottostante: la crescita della produttività, in un contesto che mira alla competitività, è favorita dalla de-giuridicizzazione del lavoro". In primo luogo, aggiunge l'A., "si auspica una (ulteriore) delegificazione e contrattualizzazione del lavoro, con il sostanziale trasferimento dal diritto pubblico al contratto privato". In secondo luogo, osserva ancora l'A., "è chiara l'opzione preferenziale, all'interno della contrattazione collettiva, per il livello aziendale, ovvero sostanzialmente l'abbandono di un orizzonte normativo, se pur di matrice contrattuale. In questo quadro tutto ruota attorno alle esigenze delle imprese: il lavoro non ha un valore in quanto strumento per garantire il libero sviluppo della persona (lavoratore) ma in quanto merce che, attraverso flessibilità e abbassamento delle tutele, può contribuire a rendere più competitiva la produzione" (*ivi*, pp. 33-34).

<sup>404</sup> Così G. Azzariti, *Verso la democrazia attraverso i diritti*, cit., p. 7.

<sup>405</sup> Così A. Ciervo, *Con la scusa della crisi*, cit., p. 58.

La digitalizzazione (così come l'automazione e l'intelligenza artificiale) deve, invece, tendere all'inclusione, all'integrazione socioculturale, all'aumento del benessere collettivo, alla partecipazione democratica, alla accessibilità della sfera pubblica<sup>406</sup>, in altri termini deve avere una funzione servente dell'uomo e dello sviluppo della sua personalità<sup>407</sup>, e deve avere dunque una funzione sociale e non meramente efficientistica<sup>408</sup>.

Autorevoli studiosi di diverse branche del sapere hanno ampiamente messo in evidenza come l'occidente (la parte del globo più tecnicamente assistita<sup>409</sup>) sia destinato al declino<sup>410</sup>, e l'uso della tecnica<sup>411</sup> – che non è mai neutrale<sup>412</sup> – concepita come lo è oggi (e cioè per sbarazzarsi di tutto ciò che non è “utile” o “efficiente”<sup>413</sup>) conduce l'uomo ad

<sup>406</sup> Cfr. L. Paccagnella, *Open access*, cit., p. 163.

<sup>407</sup> Cfr., in merito, A. Soro, Intervento, cit.; R. Hollands, *Will the real smart city*, cit., p. 315, il quale osserva che “[t]he important aspect of information technology is not its capacity to automatically create smart communities, but its adaptability to be utilized socially in ways that empower and educate people, and get them involved in a political debate about their own lives and the urban environment that they inhabit”.

<sup>408</sup> Sembra seguire tale impostazione anche E. Carloni, *Città intelligenti*, cit., p. 247, nonché F. Fracchia, P. Pantalone, *Smart City*, cit., pp. 1 ss..

<sup>409</sup> Così U. Galimberti, *Feticismo del mercato*, cit. *Più in generale, sull'eccesso antropocentrico della modernità* v. lettera enciclica *Laudato si'* del Santo Padre Francesco, cit., punto 116.

<sup>410</sup> O. Spengler, *Il tramonto dell'Occidente. Lineamenti di una morfologia della storia mondiale*, 2 volumi, Monaco, 1923; U. Galimberti, *Il tramonto dell'Occidente nella lettura di Heidegger e Jaspers*, Milano, 2008. D'altronde, la stessa parola *occidente* etimologicamente significa *terra della sera*.

<sup>411</sup> Da intendere come il raggiungimento del massimo degli scopi con l'impiego minimo dei mezzi: così U. Galimberti, *Utopia assente?*, cit.

<sup>412</sup> R. Williams, *Towards 2000*, London, 2000. Cfr., altresì, U.S. Government-EOP, *Artificial Intelligence, Automation, and the Economy*, Washington, 20 December 2016, p. 3, laddove si rileva che “[t]echnology is not destiny; economic incentives and public policy can play a significant role in shaping the direction and effects of technological change”.

<sup>413</sup> Il crescente ricorso all'Intelligenza Artificiale determinerà che – secondo talune previsioni – nei prossimi dieci o al massimo vent'anni circa la metà dei lavori attuali saranno realizzati da macchine (dotate di Intelligenza Artificiale): così A. Soro, Intervento, cit., il quale osserva inoltre che tale fenomeno riguarda non solo lavori manuali, ma soprattutto lavori che comportano lo sviluppo di processi intelligenti, come la radiologia. Cfr., sul punto, OECD, *Technology Foresight Forum 2016 on Artificial Intelligence (AI)*, cit. Nel parere del CESE, *L'intelligenza artificiale*, cit., si mette chiaramente in evidenza come l'IA sia una tecnologia generica (*general purpose technology*), che ha un impatto su quasi tutti i settori allo stesso tempo e che le macchine di “vecchia generazione” (che sostituivano in primo luogo l'energia muscolare) sono affiancate (e destinate ad essere superate) da quelle di nuova generazione, che sostituiscono le capacità intellettuali e cognitive, con la conseguenza che “questa evoluzione non ha ripercussioni solo sui lavoratori poco qualificati (“colletti blu”), ma anche su quelli delle categorie con qualifiche medio-alte (“colletti bianchi”)” (par. 3.19). La professione forense non è estranea a tali vicende. Infatti, in uno studio si illustra un sistema di *machine learning* creato per prevedere le decisioni della Corte Suprema statunitense: D.M. Katz, M.J. Bommarito II e J. Blackman, *A general approach for predicting the behaviour of the Supreme Court of the United State*, PLoS ONE, n. 12(4), 12 aprile 2017, richiamato da R. Angelini, *Intelligenza artificiale*, cit., p. 16, la quale osserva che tale “sistema, alimentato con i dati contenuti nel data-base della Corte Suprema che cataloga decisioni rese a partire dal 1791, è fondato su di un algoritmo in grado di esaminare 240 variabili per ogni caso (cronologiche, di contesto, giudiziarie etc.) e ha raggiunto una capacità “predittiva” pari al 70,2% circa gli esiti delle pronunce e pari al 71,9% a livello di votazioni”. Non si può escludere che un

una condizione di (nuova) schiavitù<sup>414</sup> e robotizzazione<sup>415</sup>, emarginazione e isolamento sociale<sup>416</sup>, alienazione, se non addirittura all'estinzione della specie umana<sup>417</sup>. L'uomo che diventa subordinato e strumentale alle macchine ed alla tecnica<sup>418</sup>, e non già il contrario. È

---

sistema di *machine learning* simile possa essere sviluppato in futuro anche con riguardo agli ordinamenti di *civil law*.

<sup>414</sup> In tale scenario gli uomini perdono la loro identità e vengono considerati come semplici *funzionari del mercato*: così N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 10. Cfr., altresì, U. Galimberti, *Utopia assente?*, cit.

<sup>415</sup> Erich Fromm (richiamato da Soro, Intervento, cit.) già prima dell'avvento di internet ebbe modo di osservare che “[...] la civiltà sta producendo macchine che si comportano come uomini e uomini che si comportano come macchine. Il pericolo del passato era che gli uomini diventassero schiavi. Il pericolo del futuro è che gli uomini diventino robot”. Sotto tale profilo, le macchine diventano sempre più “umane” ed è stato recentemente osservato che “[r]ecent breakthroughs in both machine learning techniques, computational power, and systems design have resulted in a sudden high profile as the outputs of AI become more human-like”: OECD, *Technology Foresight Forum 2016 on Artificial Intelligence (AI)*, cit. Su tali aspetti v. anche R. Bifulco, *Intelligenza Artificiale*, cit., p. 384.

<sup>416</sup> Sulla solitudine prodotta dall'individualismo, dalle politiche neoliberiste e dai processi di globalizzazione v. Z. Bauman, *La solitudine*, cit., *passim*; G. Arena, *Il welfare di comunità*, in G. Arena, C. Iaione (a cura di) *L'Italia dei beni comuni*, Roma, 2012, pp. 89 ss., spec. pp. 107-108, che parla di “nuova povertà”. Sulla tecnica che ha come *sanzione* l'esclusione sociale v. U. Galimberti, *Utopia assente?*, cit.

<sup>417</sup> S. Hawking, *AI could spell end the human race*, Intervista rilasciata alla BBC, 2 dicembre 2014, consultabile alla pagina web <http://www.bbc.com/news/av/technology-30299992/stephen-hawking-full-interview-with-rory-cellan-jones>; J. Barrat, *Our Final Invention. Artificial Intelligence and the End of the Human Era*, New York, 2013; N. Bostrom, *Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies*, Oxford University Press, 2014. Considerando dunque che a un certo punto l'IA si evolverà a un ritmo con il quale l'uomo non potrà più tenere il passo, si ipotizza la previsione di un c.d. pulsante di emergenza (*kill-switch*) o di resettaggio (*reset-button*) che consenta di disattivare o resettare un sistema di IA superintelligente “impazzito”: così CESE, *L'intelligenza artificiale*, cit. par. 3.41.

<sup>418</sup> Sul nuovo primato della tecnica cfr. R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo. Le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Roma-Bari, 2014, pp. 265 ss., spec. p. 266, il quale rileva che “[...] è proprio l'irruzione sugli scenari delle società industriali complesse della tecnica e delle tecnologie a originare, o comunque a guidare, tutte, o quasi, le nuove emergenze che determinano e qualificano i più recenti percorsi del diritto amministrativo, e forse del diritto tout court [...]”. In senso analogo, A. Predieri, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, in *Dir. econ.*, 1996, pp. 251 ss., spec. p. 270; Id., *Le norme tecniche come fattore di erosione e di trasferimento di sovranità*, cit. p. 1431. Cfr., inoltre, N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 24 e *passim*; M. Barcellona, *Il nichilismo giuridico*, cit., pp. 769 ss.; A.M. Nico, G. Luchena, *L'Unione europea e i diritti «abbandonati»*, cit., p. 5. La subordinazione e la strumentalità dell'uomo alle macchine e alla robotica è uno scenario più che prevedibile, atteso che l'Intelligenza Artificiale è destinata a superare la capacità intellettuale umana (così Parlamento europeo Risoluzione del 16 febbraio 2017, cit., *Considerando P*); CESE, *L'intelligenza artificiale*, cit. par. 3.41). Sull'irreversibile decadenza dell'umanesimo provocata dal progresso tecnico-scientifico e sul pensiero sottomesso alla potenza della tecnica cfr. U. Galimberti, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, 1999. Sui rischi che la tecnica comporta, con specifico riferimento all'IA, v. E. Musk, *With artificial intelligence we are summoning the demon*, in *The Washington Post*, 24 October 2014, il quale afferma che AI “could be more dangerous than nuclear weapons”; Y.N. Harari, *Homo deus. Breve storia del futuro*, Milano 2017. Nella lettera enciclica *Laudato si'* del Santo Padre Francesco, cit., punto 105, richiamando l'Opera di Romano Guardini, *Das Ende der Neuzeit*, Würzburg 1965, si mette in evidenza come l'uomo moderno non sia stato educato al retto uso della potenza, “perché l'immensa crescita tecnologica non è stata accompagnata da uno sviluppo dell'essere umano per quanto riguarda la responsabilità, i valori e la coscienza”.

necessario riportare l'uomo al centro della discussione<sup>419</sup>, giacché a tali cambiamenti globali corrisponde (*recte*: deve corrispondere) un mutamento nel “modo di assicurare la garanzia dei diritti fondamentali”<sup>420</sup>. La realizzazione di *smart city* nell'ambito del nuovo diritto delle città è senz'altro un'opportunità da intendere e da cogliere in questo senso<sup>421</sup>. Un'utopia<sup>422</sup>, da intendere come segno di discontinuità verso la rassegnazione all'esistente come forma di razionalità<sup>423</sup>.

## 8. Il problema del *digital divide*.

A rendere ancor più evidente la necessità che la digitalizzazione sia orientata verso una funzione strumentale al *progresso* (e non esclusivamente allo *sviluppo*) è il problema – ampiamente sottovalutato tanto in sede politico-istituzionale quanto in sede accademica – del *digital divide*.

Infatti, il rapido e notevole sviluppo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione ha creato (o aggravato) le discriminazioni, specialmente quelle dovute

<sup>419</sup> Di tale avviso è anche il CESE, *L'intelligenza artificiale*, cit. par. 4.1, laddove si sottolinea che l'AI debba essere al servizio del genere umano e che “[i] decisori politici non possono però lasciare tale compito alle imprese e devono invece intervenire”.

<sup>420</sup> G. Azzariti, *Verso la democrazia attraverso i diritti*, cit. p. 3. L'A. rileva come sia “ormai evidente che è necessario ri-declinare la modernità del diritto, rivedere nel profondo gli istituti di garanzia e le istituzioni di libertà che hanno assicurato sino a ieri il diritto di avere diritti, almeno a gran parte dei cittadini entro gli Stati democratici, ancora assai fitta è la nebbia sul senso della trasformazione”. L'A. aggiunge che “[s]olo un elemento può essere dato per acquisito: il terreno su cui si gioca la partita del futuro dei diritti non è più solo quello tradizionale dello Stato-nazione, ma è sul piano globale che si vanno a definire le condizioni concrete entro cui si sviluppano i rapporti di potere e i diritti delle persone” (*ibidem*). Cfr., inoltre, la lettera enciclica *Laudato si'* del Santo Padre Francesco, cit., punto 109, laddove si mette in evidenza che il mercato (e più in generale la tecnica) “da solo [...] non garantisce lo sviluppo umano integrale e l'inclusione sociale”.

<sup>421</sup> In termini R. Hollands, *Will the real smart city*, cit., p. 315, il quale suggerisce un approccio al tema delle *smart city* più *progressive* e osserva che “progressive smart cities must seriously start with people and the human capital side of the equation, rather than blindly believing that IT itself can automatically transform and improve cities”. Dello stesso avviso sembra essere S.A. Frego Luppi, *Note minime in tema di nuove forme di cittadinanza attiva tra demarchia e beni comuni nel contesto della smart city*, in *Amministrazione In Cammino*, 10 luglio 2016, pp. 15-16, nonché C. Donolo e T. Federico, *La questione meridionale e le Smart Cities*, cit., p. 196; S. Andreani, F. Bianconi e M. Filippucci, *Smart cities e contratti di paesaggio*, cit., p. 896, i quali osservano che “[i]l processo di trasformazione urbana non va [...] inteso come mero automatismo di un processo tecnologico reso possibile dagli strumenti informatici, ma come frutto di una serie di scelte nell'organizzazione dell'informazione e come una ricerca per lo sviluppo di nuove realtà”. Sul ruolo che una “pianificazione globale del territorio” può assumere nella armonica e coerente sistemazione di istanze sociali inerenti alla persona (casa, famiglia, lavoro, istruzione, salute) v. T. Martines, *Il “diritto alla casa”*, in N. Lipari (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona umana*, Bari, 1974, pp. 392 ss., spec. p. 395.

<sup>422</sup> Sul mito delle città ideali si vedano, in particolare, le opere di Tommaso Campanella (*La Città del Sole*, la cui prima redazione risale al 1602) e di Tommaso Moro (*Utopia*, pubblicata nel 1516).

<sup>423</sup> U. Galimberti, *Utopia assente?*, cit. *La tecnica non deve essere, dunque, concepita come “la principale risorsa per interpretare l'esistenza”*: lettera enciclica *Laudato si'* del Santo Padre Francesco, cit., punto 110.

all'età, alla formazione, alla posizione geografica, all'appartenenza a ceti sociali, alle disabilità, ecc., acuitizzando fenomeni di *digital divide*<sup>424</sup>.

Come osserva la Commissione, “[i] benefici che le persone potrebbero trarre dall’uso delle tecnologie digitali, in quanto cittadini, consumatori o lavoratori, sono limitati da preoccupazioni inerenti la riservatezza e la sicurezza e dalla mancanza o carenza di accesso a internet, usabilità, capacità adeguate o accessibilità per tutti”<sup>425</sup>.

Nella iniziativa faro “*Un’agenda europea del digitale*”, la Commissione europea rileva la necessità di “*promuovere l’accesso a internet e il suo uso da parte di tutti i cittadini europei, in particolare mediante azioni a sostegno dell’alfabetizzazione digitale e dell’accessibilità*”<sup>426</sup>. L’obiettivo dichiarato della Commissione è quello di “*trarre vantaggi socioeconomici sostenibili da un mercato unico del digitale basato sull’internet veloce e superveloce e su applicazioni interoperabili, garantendo a tutti l’accesso alla banda larga entro il 2013 e l’accesso a velocità di internet nettamente superiori (30 Mbp o più) entro il 2020, e assicurando che almeno il 50% delle famiglie europee si abboni a connessioni internet di oltre 100 Mbp*”<sup>427</sup>.

Il contrasto a fenomeni di *digital divide* non può essere certo raggiunto assicurando che la metà delle famiglie europee si abboni a connessioni internet veloci.

In primo luogo, non è ben chiaro che cosa farebbe l’altra metà delle famiglie europee; è probabile che continuerebbe a vivere “*come se il mondo digitale non gli appartenesse*”<sup>428</sup>.

Ciò è molto grave, in considerazione del fatto che, secondo i dati della Commissione, 150 milioni di persone – quasi il 30% della popolazione in Europa – non hanno mai usato internet: “[q]uesto gruppo, che spesso dichiara di non averne bisogno o di trovarlo troppo

---

<sup>424</sup> Cfr., sul punto, F. Fracchia, P. Pantalone, *Smart City*, cit., p. 12; L. Romani, *La strategia “Europa 2020”*, cit., pp. 589 ss.; P. Sabatini, *Agenda digitale europea*, cit., pp. 8-9; L. Paccagnella, *Open access*, cit., pp. 172 ss.; A. Vanolo, *Smart city e sviluppo urbano*, cit., p. 115, il quale osserva che “lo scenario della smart city si adatta alle aspirazioni di un certo segmento di cittadini – una classe media con attitudine all’uso delle nuove tecnologie – e non di altri” e aggiunge che “nella *smart city* è poco posto per gli analfabeti informatici, i poveri, i senzatetto, gli abitanti ai margini” (*ibidem*); R. Hollands, *Will the real smart city*, cit., p. 312; L. Sartori, *Alla ricerca della smart citizenship*, cit., pp. 941-942. Sul *digital divide* v. anche OECD, *Understanding the Digital Divide*, OECD Digital Economy Papers, No. 49, 2001, nonché OECD, *Students, computers and learning: making the connection*, PISA, 2015, pp. 123 ss.

<sup>425</sup> Comunicazione della Commissione, *Un’agenda digitale europea*, cit., par. 1.

<sup>426</sup> Comunicazione della Commissione, *Europa 2020*, cit., pp. 15-16. Cfr., inoltre, Comunicazione della Commissione, *Un’agenda digitale europea*, cit., par. 2.4.

<sup>427</sup> Comunicazione della Commissione, *Europa 2020*, cit., pp. 15-16. Si v., altresì, Comunicazione della Commissione, *Un’agenda digitale europea*, cit., par. 1.

<sup>428</sup> L. Romani, *La strategia “Europa 2020”*, cit., p. 592, che ricorda che sono 150 milioni le persone che in Europa vivono in tale condizione.

costoso, è costituito essenzialmente da persone di età compresa fra 65 e 74 anni, da persone a basso reddito, da disoccupati e da persone con un livello di istruzione non elevato<sup>429</sup>. In una epoca storica in cui il tasso di invecchiamento della popolazione è in continua crescita (e così anche la domanda di beni e servizi legata a tale fenomeno, incluse le prestazioni sanitarie e socio-assistenziali)<sup>430</sup>, l'importanza e la funzione sociale svolta dall'*e-learning/e-education*, dall'*e-government*, o le stesse possibilità offerte dall'*e-health* (inclusi telesoccorso e domotica) al miglioramento della qualità della vita o, in taluni casi, a rendere possibile una vita dignitosa sono evidenti<sup>431</sup>, e considerando anche gli aspetti più strettamente economici legati all'uso di internet (*e-commerce*), giacché “sempre più operazioni sono effettuate online, dalla candidatura per un posto di lavoro, al pagamento delle tasse fino alla prenotazione di biglietti”<sup>432</sup>, il problema dell'alfabetizzazione digitale e delle competenze informatiche si presenta come cruciale<sup>433</sup>.

Anche la Commissione riconosce che “[c]olmare il divario digitale può aiutare i gruppi socialmente svantaggiati a partecipare alla società digitale a condizioni paragonabili a quelle degli altri cittadini”. Ed è per questa ragione che “[l]e competenze digitali rientrano quindi fra le otto competenze fondamentali che sono indispensabili per quanti vivono in una società basata sulla conoscenza”<sup>434</sup>.

È evidente che le aspettative dei cittadini europei siano state deluse sia dall'esclusione di tale elevata percentuale di cittadini che non hanno mai avuto accesso ad internet, sia dalla mancata realizzazione di servizi pubblici migliori promessi dalle TIC, come riconosce

---

<sup>429</sup> Comunicazione della Commissione, *Un'agenda digitale europea*, cit., par. 2.6.

<sup>430</sup> Su tali aspetti v. D. Veshi, *I costi della non autosufficienza in Italia: il ruolo del settore pubblico e di quello privato*, in *Pol. dir.*, n. 2 del 2015, pp. 361 ss.; V. Satta, *Gli anziani*, in E. Codini, A. Fossati e S. A. Frego Luppi (a cura di), *Manuale di diritto dei servizi sociali*, Torino, 2017, pp. 205 ss.

<sup>431</sup> In argomento, si v. Parlamento europeo Risoluzione del 16 febbraio 2017, cit., *Considerata E) e F)*.

<sup>432</sup> Comunicazione della Commissione, *Un'agenda digitale europea*, cit., par. 2.6.

<sup>433</sup> Un problema diverso, ma connesso, con quello che qui si sta esaminando riguarda l'accessibilità concreta ai dati presenti sulla rete, e in particolare il ruolo assunto dai *nuovi intermediari* di informazioni e conoscenza, come ad esempio, i motori di ricerca, che sono in grado di condizionare – e di fatto condizionano – le rotte di navigazione sul web mediante i risultati forniti dai motori di ricerca. Ciò è ancora più rilevante se si pensa che “le pagine [presenti sul web] escluse diventano tanto più nascoste e inaccessibili quanto più si rafforza, nell'esperienza soggettiva degli utenti, la funzione dei motori come esclusive porte di accesso all'informazione”. Gli utenti dunque si trovano a fare i conti con una quantità enorme di informazioni e, a causa della incapacità di gestirle, “[i]l rischio è paradossalmente quello che [...] finisce[no] per delegare a questi nuovi intermediari la valutazione di prodotti e conoscenze, a dispetto di una «società della conoscenza» che promette a tutti la partecipazione in prima persona alle decisioni che coinvolgono la propria vita”: così L. Paccagnella, *Open access*, cit., pp. 166-167 e 170-171. Sul tema della neutralità dell'algoritmo, dell'equità delle sue soluzioni e, più in generale, della sostenibilità etica e giuridica della tecnologia come una questione democratica cruciale v. A. Soro, *Intervento*, cit.

<sup>434</sup> Comunicazione della Commissione, *Un'agenda digitale europea*, cit., par. 2.6.

anche la Commissione europea<sup>435</sup>.

Sembra tenere maggiormente in considerazione le problematiche legate al *digital divide* l'ordinamento italiano<sup>436</sup>, che, da un lato, attribuisce fondamentale importanza ai profili di “[i]nformatizzazione digitale e competenze digitali”, che infatti costituivano uno dei sei assi strategici della Cabina di regia<sup>437</sup>, e, dall'altro lato, nel Documento di economia e finanza (Def) presentato nei primi mesi del 2012 (e successivamente modificato più volte) aggiorna le previsioni di finanza pubblica e nell'allegato *Piano di azione e coesione per l'agenda digitale italiana* pianifica le azioni necessarie per il perseguimento degli obiettivi relativi alla digitalizzazione del Paese, tra cui l'azzeramento del *digital divide* nell'intera penisola<sup>438</sup>.

Il legislatore italiano ha poi adottato, più recentemente, altre misure volte a superare (o perlomeno attenuare) il problema della ridotta alfabetizzazione digitale nell'ambito dell'approvazione nel 2015 dei due Piani nazionali Banda Ultra Larga e Crescita digitale<sup>439</sup>. Nel primo, il tema delle competenze digitali viene configurato come “uno degli obiettivi strategici più urgenti” rispetto alle “azioni da perseguire per realizzare l'Agenda Digitale italiana”. Non si tratta solo di “interventi di “alfabetizzazione digitale”, quanto piuttosto di lavorare a un programma più ampio che affrontasse a tutto campo l'esigenza del Paese di accrescere la cultura e le competenze digitali presenti”<sup>440</sup>. Nel secondo Piano strategico, si mira a rilanciare la Coalizione nazionale per le competenze digitali, la cui missione principale consiste nello “sviluppare l'alfabetizzazione digitale e favorire una diffusa consapevolezza sull'innovazione tecnologica nel paese”<sup>441</sup>.

È chiaro, dunque, che il *digital divide* non si contrasta soltanto con la connessione ad internet (che riguarda le disuguaglianze di accesso), in quanto, come rilevato

<sup>435</sup> Comunicazione della Commissione, *Un'agenda digitale europea*, cit., par. 1.

<sup>436</sup> L'art. 8 del Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. n. 82/2005) reca “**Alfabetizzazione informatica dei cittadini**” e prevede che lo Stato e i soggetti di cui all'art. 2, comma 2, del medesimo Codice, «promuov[a]no iniziative volte a favorire la diffusione della cultura digitale tra i cittadini con particolare riguardo ai minori e alle categorie a rischio di esclusione, anche al fine di favorire lo sviluppo di competenze di informatica giuridica e l'utilizzo dei servizi digitali delle pubbliche amministrazioni con azioni specifiche e concrete, avvalendosi di un insieme di mezzi diversi fra i quali il servizio radiotelevisivo».

<sup>437</sup> Cfr., sul punto, P. Sabatini, *La Cabina di regia*, cit., p. 29. La Cabina di regia è stata peraltro soppressa nel 2016 (d. lgs. n. 179/2016).

<sup>438</sup> P. Sabatini, *Agenda digitale italiana*, cit., p. 24.

<sup>439</sup> Le due Strategie sono state approvate dal Consiglio dei Ministri del 3 marzo 2015. L'obiettivo generale è quello di colmare il ritardo digitale del Paese rispettivamente sul fronte infrastrutturale e nei servizi, in coerenza con l'Agenda digitale europea. In merito, v. IFEL, *Agenda digitale*, cit., par. 3.4.

<sup>440</sup> IFEL, *Agenda digitale*, cit., p. 31.

<sup>441</sup> IFEL, *Agenda digitale*, cit., p. 67.

dall'OECD<sup>442</sup>, “[e]qual access [...] does not imply equal opportunities (equity)”, ma certamente quella costituisce il presupposto fondamentale per poter poi realizzare un’alfabetizzazione digitale in senso stretto (che riguarda le disuguaglianze di utilizzo) dei cittadini<sup>443</sup>. Tale obiettivo non sembrava tuttavia potesse essere perseguito mediante le linee d’azione implementate dalla Cabina di regia, in quanto essenzialmente legate alla promozione del telelavoro e alla scuola digitale<sup>444</sup>.

Una società della conoscenza impone ai soggetti che ne fanno parte lo sviluppo di requisiti specifici. Con l’enorme massa di informazioni presenti in rete, “le disuguaglianze sociali non riguardano più tanto i «ricchi» e i «poveri» di informazione, quanto piuttosto gli strumenti cognitivi critici con i quali ognuno elabora le (molte) informazioni che acquisisce”<sup>445</sup>.

### 9. Connessione ad internet e alfabetizzazione digitale come diritti fondamentali e ruolo dei pubblici poteri.

Sul piano delle politiche pubbliche, è evidente che finora ben poco si è fatto per affrontare e risolvere queste problematiche<sup>446</sup>. A dimostrarlo sono i recenti dati pubblicati dalla Commissione europea<sup>447</sup>, secondo i quali dei 28 Paesi membri dell’Unione europea l’Italia è all’ultimo posto di tale classifica in ordine alla propensione degli individui ad usare i servizi tramite internet, e viene collocata al 27° posto per connessione internet veloce (il 44% delle famiglie rispetto al 71% media UE), mentre è al 25° posto in merito agli utilizzatori abituali di Internet (il 63% rispetto al 76% media EU di utenti di età compresa

<sup>442</sup> OECD, *Students, computers and learning*, cit., p. 124, laddove si afferma che il *digital divide* riguarda le differenze nelle risorse materiali, culturali e cognitive necessarie “to make good use of ICT”.

<sup>443</sup> Cfr., sul punto, L. Paccagnella, *Open access*, cit., p. 174.

<sup>444</sup> Così P. Sabatini, *La Cabina di regia*, cit., p. 31. Peraltro, tra i vantaggi e gli svantaggi legati al ricorso a tale forma di organizzazione del lavoro non necessariamente i primi sono destinati a prevalere. Il telelavoro è stato recentemente oggetto di una novella normativa (legge 22 maggio 2017, n. 81, recante *Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l’articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato*), sulla quale v. G. Santoro-Passarelli, *Lavoro etero-organizzato, coordinato, agile e telelavoro: un puzzle non facile da comporre nell’impresa in via di trasformazione*, in *Dir. rel. ind.*, n. 3 del 2017, pp. 771 ss.; F. D’Addio, *Considerazioni sulla complessa disciplina del telelavoro nel settore privato alla luce dell’entrata in vigore della legge n. 81/2017 e della possibile sovrapposizione con il lavoro agile*, in *Dir. rel. ind.*, n. 4 del 2017, pp. 106 ss.

<sup>445</sup> L. Paccagnella, *Open access*, cit., p. 174.

<sup>446</sup> Con riferimento alla “educazione del consumatore”, che deve essere non solo *informato* ma anche *consapevole* v. F. Bassan e M. Rabitti, *I Consumatori nella social economy tra big data e fake news*, in *Astrid Rassegna*, n. 17 del 2017, p. 2.

<sup>447</sup> Commissione europea, *Digital Economy and Society Index*, 25 febbraio 2016.

tra i 16 e i 74 anni) e infine ricopre il 24° posto di questa speciale classifica sotto il profilo delle competenze digitali di base (43% contro la media UE del 55%). Anche rispetto alle *alte competenze digitali*, recenti dati evidenziano che nel 2016 solo il 19,5% della popolazione di 16-74 anni ne è in possesso, un dato ancora distante da quello registrato negli altri Paesi europei (nel 2015 la media era pari al 28%)<sup>448</sup>.

Sarebbe necessario, dunque, porre in essere una serie di azioni, di carattere non solo infrastrutturale, ma anche educativo, volte entrambe a promuovere la conoscenza diffusa della tecnologia. In relazione a tale ultimo profilo, è necessario muovere da una riforma profonda del sistema educativo, a cominciare dalle scuole, rivedendo e aggiornando i programmi ministeriali al fine di inserirvi nuove materie di insegnamento, come, ad esempio, “gestione e valutazione della conoscenza aperta in rete”<sup>449</sup> proposta dalla dottrina. L’intervento dei pubblici poteri<sup>450</sup> si palesa, quindi, necessario e la *smart city* (e più in generale il nuovo diritto delle città) costituisce certamente l’occasione per ridurre il numero di esclusi dai benefici della tecnologia e della società digitale<sup>451</sup>. Tale intervento non può però essere concepito per aumentare le competenze digitali necessarie solo per l’innovazione e la crescita<sup>452</sup>, ma deve avere come obiettivo primario quello di permettere il miglioramento della qualità della vita, che passa soprattutto attraverso l’inclusione sociale<sup>453</sup>, “che comprende l’accesso di tutti i cittadini alle risorse di base, ai servizi sociali, al mercato del lavoro e ai diritti necessari “per partecipare pienamente alla vita economica, sociale e culturale, e per godere di un tenore di vita e di un benessere, considerati normali

<sup>448</sup> Istat, *Rapporto Istat sul Benessere equo e sostenibile (Bes) (“Rapporto Bes”)*, 2017.

<sup>449</sup> L. Paccagnella, *Open access*, cit., p. 175.

<sup>450</sup> Sul concetto di pubblici poteri v. M.S. Giannini, *In principio sono le funzioni*, in *Amm. civ.*, II, 1959, pp. 11 ss., nonché in *Scritti (1955-1962)*, vol. IV, Milano, 2004, pp. 721 ss.

<sup>451</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione, *Un’agenda digitale europea*, cit., par. 2.7: “[l]a società digitale deve essere intesa come una società che offrirà vantaggi a tutti. Lo sviluppo delle TIC sta diventando un elemento critico per realizzare obiettivi strategici quali fornire supporto a una società che invecchia, lottare contro i cambiamenti climatici, ridurre i consumi energetici, migliorare l’efficienza dei trasporti e la mobilità, rafforzare la consapevolezza dei pazienti e favorire l’inclusione dei disabili”. La dottrina sottolinea che “technology has to be utilizable and understandable by the communities that it is supposed to serve [...], and that ordinary people and communities need to have the skills necessary to utilize ICTs”: S. Evans, *Smart cities more than broadband networks*, in *Ottawa Business Journal*, 25 September 2002; R. Hollands, *Will the real smart city*, cit., p. 310.

<sup>452</sup> Così Comunicazione della Commissione, *Un’agenda digitale europea*, cit., par. 2.6.1.

<sup>453</sup> L’inclusione sociale è stata definita “come la misura in cui, con riguardo alle dimensioni principali del benessere, gli individui (e i gruppi) godono di standard minimi socialmente accettabili e presentano fra loro divari socialmente accettabili, avendo attenzione che il processo attraverso il quale questi risultati vengono ottenuti sia democratico ed equo”: così F. Barca, *Un’agenda per la riforma della politica di coesione. Una politica di sviluppo rivolta ai luoghi per rispondere alle sfide e alle aspettative dell’Unione Europea*, rapporto predisposto nel 2009 su richiesta della Commissione europea (c.d. Rapporto Barca), p. 32.

nella società in cui vivono”<sup>454</sup>. Le politiche di inclusione sociale “devono concentrarsi il più possibile su quei fattori che sono al di fuori del controllo dell’individuo<sup>455</sup>” e, in quanto tali, impongono l’intervento dei pubblici poteri (c.d. *interventi esogeni*<sup>456</sup>). E questo è a ben vedere un compito della Repubblica *ex art. 3, comma 2 Cost.*<sup>457</sup>, in quanto la connessione ad internet veloce e l’alfabetizzazione digitale si configurano come veri e propri diritti fondamentali (o inviolabili in senso ampio<sup>458</sup>)<sup>459</sup>.

I pubblici poteri sono dunque chiamati, in virtù della funzione promozionale che la richiamata norma costituzionale esercita nell’ambito dell’ordinamento<sup>460</sup>, “ad assicurare alla persona un percorso di conoscenza che le consente di formarsi, di crescere, di affrancarsi dai retaggi sociali” nonché “di integrarsi e contribuire attivamente al benessere della società”<sup>461</sup>, alla luce del combinato disposto di cui agli artt. 2 e 3, comma 2, Cost., attraverso il quale si realizza un nesso inscindibile tra la dignità umana e l’eguaglianza, atteso che “ogni uomo, in qualunque posizione sociale si trovi inizialmente [deve] essere messo in grado di avere pari opportunità di autorealizzazione e pari *chances* di godere

<sup>454</sup> Rapporto Barca, p. 31.

<sup>455</sup> Rapporto Barca, p. 32.

<sup>456</sup> Rapporto Barca, p. 34, secondo cui “[u]na politica di inclusione sociale rivolta ai luoghi deve puntare sulla fornitura di pacchetti integrati di beni e servizi pubblici”.

<sup>457</sup> In senso generale, sulle misure autorizzate dall’art. 3, comma 2, Cost., cfr. C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo II, Padova, 1976, p. 1032. Cfr., inoltre, A. Giorgis, *subArt. 3, 2° co.*, in M. Celotto, R. Bifulco, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., pp. 88 ss., spec. pp. 93 ss. Come è stato rilevato, la “questione della «sostenibilità» delle disuguaglianze viene forse acriticamente considerata un postulato, cioè un dato accettato e riconosciuto come immodificabile, quasi fosse la fisiologia e non la patologia del sistema, quasi che, insomma, talune situazioni di disuguaglianza materiale debbano essere tollerate in nome di una prospettiva utilitarista che non sembra favorire nella giusta misura il bene supremo della persona umana e incoraggiarne il suo pieno sviluppo”. La Costituzione “impone alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli materiali e territoriali, non solo per finalità di natura sociale ma anche territoriale”: così G. Luchena, *Coesione economica e sociale, cooperazione funzionale fra «territori» e partecipazione delle Regioni alla formazione e all’attuazione delle politiche comunitarie*, in *Riv. giur. Mezz.*, n. 3 del 2014, pp. 575 ss., spec. p. 585.

<sup>458</sup> Sulla distinzione tra diritti inviolabili in senso stretto, ovvero originari, o generali o universali e diritti inviolabili in senso ampio, ovvero derivati o speciali v. A. Baldassarre, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XII, Roma, 1989, pp. 23-24. Cfr., inoltre, F.G. Scoca, *Indennità di espropriazione: la diversa sensibilità della Consulta e della Corte di Strasburgo*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2006, pp. 231 ss., spec. p. 246, secondo il quale “[i] diritti inviolabili [...] costituiscono una categoria più ristretta dei diritti fondamentali”.

<sup>459</sup> Il principio di eguaglianza sostanziale, di cui all’art. 3, secondo comma, Cost., è unanimemente interpretato come strumento per garantire l’effettivo godimento dei diritti fondamentali: cfr., in merito, P. Caretti, voce *Diritti fondamentali*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, vol. III, Milano, 2006, pp. 1881 ss., spec. p. 1888; Q. Camerlengo, *Costituzione e promozione sociale*, Bologna, 2013.

<sup>460</sup> Così N. Bobbio, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, pp. 1313 ss., spec. p. 1323. Cfr., inoltre, U. Romagnoli, *subArt. 3, 2° co.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali. Art. 1-12*, Bologna-Roma, 1975, pp. 162 ss., spec. p. 193.

<sup>461</sup> A. Sandulli, voce *Istruzione*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, vol. IV, Milano, 2006, pp. 3305 ss., spec. p. 3308.

effettivamente delle libertà (negative o positive) costituzionalmente garantite”<sup>462</sup>.

**Abstract:** Il lavoro analizza alcuni profili relativi all’impatto che la globalizzazione e la c.d. *e-society* producono nella vita dei cittadini. In particolare, vengono analizzate le politiche di digitalizzazione multilivello e si mette in evidenza come tanto la Strategia di Lisbona quanto la più recente strategia “*Europa 2020*” presentino molti limiti e, comunque, gli obiettivi che con esse si sono posti non siano stati realizzati.

Inoltre, l’approccio che vede l’Agenda digitale (multilivello) come strumento per lo sviluppo economico viene sottoposto a revisione critica. Nelle politiche di digitalizzazione viene attribuito carattere centrale alla crescita, allo sviluppo, all’efficienza, lasciando sullo sfondo il progresso, inteso come miglioramento della qualità della vita dei cittadini. In un tale scenario, un esempio paradigmatico è costituito dalle città – viste come nuovi mercati – che sono chiamate ad una svolta imprenditoriale nell’ambito della *new information economy*. Da qui la necessità che la politica si riappropri del suo ruolo.

Nella seconda parte del contributo si analizza la funzione sociale della digitalizzazione. In tale ambito viene affrontato il tema del *digital divide* e il ruolo dei pubblici poteri nel superarlo. Si sostiene che la connessione ad internet e l’alfabetizzazione digitale si configurino come diritti fondamentali.

**Abstract:** The paper focuses on some aspects concerning the impact that globalization and the s.c. *e-society* have on citizens’ life. In particular, multilevel digitalization policies are examined, noting that both the Lisbon Strategy and the more recent “*Europe 2020*” strategy show many shortcomings and, however, the objectives set by those strategies have not been attained.

Moreover, the view according to which the (multilevel) digital Agenda is a tool for the economic development is subjected to a critical review. In the digitalization policies, growth, development and efficiency represent the main features, while progress – seen as the improvement of citizens’ life – is left in the background. In such a scenario, a clear example is represented by cities – seen as new markets – that are called upon to an *entrepreneurial turn* within the *new information economy*. From here the need that politics

---

<sup>462</sup> A. Moscarini, *Principio costituzionale di eguaglianza e diritti fondamentali*, in R. Nania, P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. I, Torino, 2006, pp. 365 ss., spec. p. 402.

should take-back its role.

In its second part, the paper focuses on the social function of digitalization. Here the *digital divide* problem is dealt with, pointing out the role of public powers to overcome it. The paper concludes upholding that internet access and digital literacy are deemed as fundamental rights.

**Parole chiave:** agenda digitale – *e-society* – *new information economy* – *digital divide*, alfabetizzazione digitale.

**Key words:** digital agenda – e-society – new information economy – digital divide – digital literacy.

## LA LEGITTIMA TRASFORMAZIONE DI UNA SOCIETÀ PER AZIONI IN AZIENDA SPECIALE: ULTIMO ORIENTAMENTO DEL CONSIGLIO DI STATO\*.

di Guido Saltelli\*\*

**Sommario.** 1. La sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3946 del 27 giugno 2018: breve trama della controversia ed individuazione della problematica di rilievo. 2. I servizi pubblici locali nelle intenzioni del legislatore: art. 112 e seguenti: forme di gestione con particolare riguardo all'azienda speciale. 3. La trasformazione regressiva: dal privato al pubblico; la trasformazione della S.p.a. in azienda speciale. 3.1. L'esperienza napoletana: il primo caso di trasformazione di una S.p.a. in azienda speciale. 3.2. La particolare operazione posta in essere dalla Provincia di Benevento 3.3. Compatibilità della trasformazione con le norme civilistiche 3.4. Compatibilità della trasformazione con le norme pubblicistiche 4. Considerazioni conclusive: una ipotesi particolare di *sussidiarietà orizzontale*? Servizi pubblici e beni comuni?

184

### 1. La sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3946 del 27 giugno 2018: breve trama della controversia ed individuazione della problematica di rilievo.

La recente sentenza n. 3946 del 27 giugno 2018 della V Sezione del Consiglio di Stato fornisce un significativo spunto di riflessione su una serie di questioni che involgono le modalità di gestione dei servizi pubblici ed in particolare quello specifico della trasformazione (diretta) di una società per azioni in azienda speciale.

La controversia è nata dal ricorso proposto innanzi al giudice amministrativo (TAR per la Campania) dal Presidente del Consiglio di amministrazione dell'Agenzia Sannita per l'Energia e l'Ambiente (ASEA S.p.A.) per l'annullamento del provvedimento di decadenza dalla sua carica di presidente e da quella di direttore facente funzioni della stessa agenzia, emesso in data 19 luglio 2016 dal Segretario Generale della Provincia di Benevento.

In sintesi l'interessato era stato nominato dal Presidente del Consiglio di amministrazione dell'Agenzia Sannita per l'Energia e l'Ambiente (ASEA) in data 6 marzo 2013, con decreto del presidente della Provincia di Benevento, dopo essersi dimesso dalla carica di consigliere provinciale; successivamente, con la deliberazione del commissario

---

\* *Sottoposto a referaggio.*

\*\* Dottorando di ricerca in Diritti umani. Storia, teoria e prassi, Università di Napoli Federico II.

straordinario (con i poteri del Consiglio provinciale) n. 17 del 30 giugno 2014, l'ASEA S.p.A. veniva trasformata in azienda speciale (Agenzia Sannita Energia e Ambiente), trasformazione realizzata poi con atto notarile (rep. n. 43407 del 29 luglio 2014).

Indipendentemente dalle pur delicate questioni trattate dal Giudice amministrativo (che in particolare hanno riguardato la sussistenza o meno in capo al ricorrente della causa di incompatibilità di cui all'art. 7, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 39 dell'8 aprile 2013, entrato in vigore il 4 maggio 2013, per il mancato decorso di due anni dalla cessazione della carica di consigliere provinciale; l'appartenenza o meno di una simile controversia alla giurisdizione del giudice amministrativo<sup>463</sup>) la decisione offre uno spaccato privilegiato sulle concrete modalità di gestione dei servizi pubblici.

## **2. I servizi pubblici locali nelle intenzioni del legislatore: art. 112 e seguenti: forme di gestione con particolare riguardo all'azienda speciale.**

La dottrina definisce il servizio pubblico come la complessa relazione che si instaura tra il soggetto pubblico, che organizza una offerta pubblica di gestione, rendendola doverosa, ed i cittadini<sup>464</sup>.

Tale relazione ha ad oggetto le prestazioni di cui l'amministrazione, predefinendone i caratteri attraverso la individuazione del programma di servizio, garantisce, direttamente o indirettamente, l'erogazione al fine di soddisfare in modo continuativo i bisogni della collettività di riferimento, in capo alla quale sorge una aspettativa giuridicamente rilevante<sup>465</sup>.

Il servizio è pubblico in quanto reso al pubblico e per la soddisfazione dei bisogni della collettività, e lo è inoltre per il fatto che un soggetto pubblico lo assume come doveroso.

In primo momento, il servizio pubblico si caratterizzava secondo una concezione soggettiva: infatti era considerato tale il servizio erogato dallo Stato o da un altro ente pubblico a cui veniva imputata tale attività.

---

<sup>463</sup> Per quanto interessa la ricordata sentenza del Consiglio di Stato ha respinto l'appello della Provincia di Benevento confermato la decisione di primo grado (TAR Campania, Sez. V, n. 1836 del 2017), che aveva annullato l'impugnato provvedimento di decadenza, ritenendo sussistente nel caso di specie la giurisdizione del Giudice amministrativo ed escludendo che ricorresse la situazione di incompatibilità posta dall'amministrazione provinciale alla base del provvedimento impugnato.

<sup>464</sup> E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2005, p. 631 ss.

<sup>465</sup> U. Pototsching, *I servizi pubblici*, Padova 1964, p. 138 ss.

Tale impostazione è stata ritenuta troppo restrittiva e ad essa se ne affianca un'altra di carattere oggettivo, la quale prescinde dal soggetto che eroga il servizio, ma valorizza l'aspetto funzionale del perseguimento dei pubblici interessi della collettività<sup>466</sup>.

D'altro canto la stessa Costituzione, all'art. 43, prevede l'astratta possibilità di una riserva di un servizio pubblico essenziale per fini di utilità sociale, ma allo stesso tempo ammette la possibilità della gestione di un servizio anche ad un soggetto diverso dallo Stato o da un ente pubblico.

A conferma di ciò, si deve fare riferimento all'art. 41, comma 3 della Costituzione il quale afferma che la legge può indirizzare sia l'attività pubblica, sia l'attività privata al perseguimento di fini generali e sociali, prevedendo opportuni programmi e controlli.

Nel quadro generale dei servizi pubblici così come brevemente delineati occorre soffermarsi sui servizi pubblici locali.

Essi sono espressamente disciplinati dall'art. 112 del TU sugli Enti locali (d.lgs 267/2000), e consistono in quei servizi a cui provvedono direttamente gli enti locali e che hanno ad oggetto la produzione di beni e di attività che mirano a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali.

Essi sono regolati da una molteplicità di principi, che anche per l'effetto dell'influenza del diritto comunitario, possono essere così schematizzati: da un lato si rinvergono i principi che regolano la distribuzione delle competenze<sup>467</sup> – sussidiarietà, adeguatezza, leale collaborazione –; dall'altro quei principi che possono essere considerati sostanziali<sup>468</sup> – concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, universalità ed accessibilità dei servizi ed adeguati livelli di tutela<sup>469</sup>.

Tra detti principi la dialettica più rilevante è data sicuramente dalla contrapposizione tra concorrenza – mercato – liberalizzazione, la quale incide da un lato sul rapporto accessibilità ed universalità dei servizi e dall'altro sul tema dell'efficienza della gestione del servizio<sup>470</sup>.

<sup>466</sup> F. Figorilli, *I servizi pubblici*, in F.G. Scoca (a cura di) *Diritto amministrativo*, Torino, 2011, p. 512 ss.

<sup>467</sup> Principi che potrebbero essere considerati di carattere statico-descrittivo.

<sup>468</sup> Principi che potrebbero essere considerati di carattere dinamico-funzionale.

<sup>469</sup> E. Scotti, *I principi informatori dei servizi pubblici locali*, in H. Bonura e M. Cassano (a cura di) *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Torino, 2011, p. 4 ss.

<sup>470</sup> A. Lucarelli, *Commento all'art 43 della Costituzione*, in R.Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p 833 ss.

Le forme di gestione dei servizi pubblici sono da considerarsi tipiche, in omaggio al principio di legalità dell'azione amministrativa (ex art. 97 Cost.) nel senso che sono quelle espressamente tipizzate dal legislatore: in alcuni casi l'amministrazione li garantisce e li eroga attraverso la propria organizzazione, in altri casi vi anche affidandoli all'esterno.

In particolare, per quanto riguarda i servizi pubblici locali, l'art. 112 e seguenti del TU degli enti locali distinguono tra servizi a rilevanza economica e servizi primi di rilevanza economica.

Per quanto riguarda i servizi a rilevanza economica la loro erogazione avviene secondo le modalità individuate dalla disciplina di settore e dalla normativa Europea, con conferimento della titolarità del servizio tramite: società di capitale, società a capitale misto pubblico privato e società a capitale interamente pubblico.

A queste modalità si aggiunge l'affidamento del servizio *in house* ovvero l'affidamento diretto del servizio ad una società che appare una *longa manus* del soggetto pubblico<sup>471</sup>.

I servizi pubblici priva di rilevanza economica sono gestiti ai sensi dell'art. 113 *bis* del TUEL, invece, tramite affidamenti diretti a favore di determinati soggetti, quali Istituzioni, le Aziende speciali o le società a capitale interamente pubblico.

Il comma secondo della ricordata norma individua poi un'ulteriore modalità di gestione, ovvero la gestione in economia, consentita in casi di servizi di modeste dimensioni o per particolari caratteristiche.

Le Aziende Speciali, come stabilito dal Testo Unico per l'Ordinamento degli Enti locali, sono enti strumentali dell'ente locale, dotati di personalità giuridica, di autonomia gestionale e di proprio statuto<sup>472</sup> (Art. 114, d.lgs. n. 267/00).

La strumentalità dell'azienda speciale individua l'esistenza di un collegamento inscindibile tra l'azienda e il l'ente locale di riferimento.

Il principio di strumentalità dell'attività di gestione deve essere inteso come identificazione dello scopo sociale nella cura degli interessi della comunità locale, perseguibili attraverso

---

<sup>471</sup> Art. 16 d.lgs. 175/2016: «*Le società in house ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata*».

<sup>472</sup> L. Longhi, *La disciplina dei servizi pubblici locali in Italia*, in AA.VV, *Dimensioni, percorsi e prospettive dei servizi pubblici locali*, Torino, 2015, p. 151.

l'attività di gestione funzionalmente svolta dall'azienda nei settori dei servizi pubblici per i quali la stessa è stata costituita<sup>473</sup>.

L'ente locale utilizza l'azienda speciale per lo svolgimento di un servizio e, quindi, per soddisfare un'esigenza della collettività<sup>474</sup>.

In quest'ottica spetta all'Ente locale esclusivamente la fase *politica* della determinazione degli obiettivi e della vigilanza sul perseguimento e raggiungimento di questi.

La strumentalità dell'azienda speciale, e il relativo regime normativo vigente in materia, pretendono, in definitiva, un collegamento molto saldo, seppur di natura *funzionale*, tra l'attività dell'azienda e le esigenze della collettività stanziata sul territorio dell'ente che l'ha costituita. I vincoli che legano l'azienda speciale al Comune sono pertanto molto stretti sia sul piano della formazione degli organi che su quella degli indirizzi, dei controlli e della vigilanza, così da farla ritenere "elemento del sistema amministrativo facente capo allo stesso Ente territoriale"<sup>475</sup>.

L'attribuzione della personalità giuridica, ai sensi del citato art. 114 del TUEL, rende l'azienda speciale un soggetto a sé stante rispetto all'Ente locale di riferimento che l'ha costituita: l'azienda speciale dunque non è un organo dell'Ente locale a legittimazione separata, come era l'azienda municipalizzata prevista dal R.D. n. 2578/1925<sup>476</sup>.

Non muta però la natura pubblica e non è un soggetto privato, ma è piuttosto un nuovo centro di imputazione di situazioni e rapporti giuridici, distinto dall'ente, con una propria autonomia decisionale.

A tale riconoscimento consegue che l'azienda debba poter effettuare autonome scelte di tipo imprenditoriale e organizzative, connesse ai fattori della produzione, secondo modelli propri dell'impresa privata, compatibilmente però con i fini sociali dell'ente titolare, per il conseguimento di un maggiore grado di efficacia, efficienza e economicità del servizio<sup>477</sup>.

Con il riconoscimento dell'autonomia gestionale il legislatore ha voluto evidenziare che l'azienda non deve essere vista come un organo di esecuzione delle determinazioni dell'Ente locale, ma come un'impresa alla quale si applica, salvo eccezioni, la disciplina del codice civile.

<sup>473</sup> Consiglio di Stato, Sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586, in *Riv. Corte Conti*, n. 5/2001, p. 258.

<sup>474</sup> F. Figorilli, *I servizi pubblici*, cit., p. 512 ss.

<sup>475</sup> Corte cost., 12 febbraio 1996, n. 28.

<sup>476</sup> L. Longhi, *La disciplina dei servizi pubblici locali in Italia*, cit., p. 151 ss.

<sup>477</sup> F. Caponi e R. Camporesi, *L'azienda speciale e la gestione dei servizi comunali*, Rimini, 2013, p. 5 ss.

L'azienda speciale, anche nella sua nuova configurazione, resta un soggetto pubblico, la sua azione è regolata dal diritto pubblico e si esprime con atti amministrativi autoritativi. Per l'azienda speciale, come per tutti i soggetti pubblici, anche la negoziazione privatistica è regolata da procedure di diritto pubblico, da atti amministrativi e deliberazioni, attraverso i quali si concretizza in forma procedimentale la volontà dell'ente che precede la conclusione del negozio<sup>478</sup>.

Il patrimonio delle aziende speciali è sottoposto al regime della proprietà privata e il rapporto di lavoro con i dipendenti rientra nella contrattazione collettiva di diritto privato. L'economicità della gestione, non riconducibile a un fine di lucro, pretende come per tutti gli enti economici la copertura dei costi corrispondenti alla remunerazione dei fattori della produzione impiegati. L'autonomia imprenditoriale esclude che gli Enti locali possano sostituirsi alle aziende nelle scelte di espletamento dei servizi loro affidati, fatta eccezione per i poteri di indirizzo, controllo e vigilanza riconosciuti all'ente di appartenenza, che ne approva il bilancio e tutti gli atti fondamentali.

### **3. La trasformazione regressiva: dal privato al pubblico; la trasformazione della S.p.a. in azienda speciale.**

L'art. 115 del TUEL (d.lgs. n. 267/2000) disciplina la trasformazione delle aziende speciale in società per azioni; si tratta dell'operazione che normalmente determina la privatizzazione del servizio, per l'impossibilità di una gestione efficiente da parte dell'ente pubblico.

Emerge dall'esame della norma il *favor* del legislatore per l'utilizzo dello strumento di una società per azioni per la gestione del servizio, in quanto il modello societario garantisce astrattamente una migliore cura del servizio secondo la logica imprenditoriale e del mercato in quanto accompagnato dal ritorno economico dell'imprenditore privato, nonché un risparmio di spesa per l'ente pubblico che non ha più il compito di gestire quel servizio direttamente con denaro pubblico.

La norma sembra ispirarsi altresì all'idea, propria degli interventi legislativi degli anni

---

<sup>478</sup> Consiglio di Stato, Sez. V, 19 settembre 2000, n. 4850 in *Foro it.*, n. 3/2001, p. 426; Sez. V, 15 maggio 2000, n. 2735, in *Riv. giur. edilizia*, n. 1/2000, p. 895.

novanta, della c.d. privatizzazione<sup>479</sup>.

In tale contesto si inseriva il legislatore, a conferma della tesi necessaria struttura societaria per la gestione dei servizi pubblici, con l'art. 35 comma 8 della l. n. 448/2001 che sembrava obbligare la trasformazione delle aziende speciali in S.p.a.

<sup>479</sup> Le privatizzazioni realizzano la trasformazione di soggetti da pubblici a privati, determinando la modifica della forma che passava da statale a societaria. In particolare, gli interventi legislativi più importanti sul tema sono i seguenti:

- sulla base delle disposizioni dettate in materia di trasformazione degli enti pubblici economici contenute nell'art. 1 del D.L. 5 dicembre 1991 n. 386, convertito nella legge 29 gennaio 1992 n. 35, (trasformazione degli enti pubblici economici, dismissione delle partecipazioni statali ed alienazione di beni patrimoniali suscettibili di gestione economica) gli enti di gestione delle partecipazioni statali e gli altri enti pubblici economici, nonché le aziende autonome statali, possono essere trasformati in società per azioni (art. 1, 1° co, d. l. 5.12.1991, n. 386); con il decreto n. 386/1991 il Governo ha stabilito, per la disciplina degli enti trasformati in società per azioni (enti di gestione delle partecipazioni statali e altri enti pubblici economici, nonché aziende autonome statali), un rinvio di disciplina alla fonte codicistica, fatta eccezione per la revisione del bilancio di esercizio;
- il decreto del 1992 n° 333 ha trasformato in SpA le aziende di Stato IRI, ENI, INA ed ENEL;
- l'Ente Ferrovie dello Stato (già ente pubblico economico istituito con la legge 17 maggio 1985 n. 210) è stato trasformato in società per azioni in forza della deliberazione C.I.P.E. del 12 agosto 1992, adottata a norma dell'art. 18 del D.L. 11 luglio 1992 n. 333, convertito nella legge 8 agosto 1992 n. 359;
- con deliberazioni in data 18 febbraio 1993 e 2 aprile 1993, il C.I.P.E. ha stabilito i criteri per la trasformazione in S.p.A. dell'Azienda autonoma dei monopoli di Stato ed i criteri generali di riassetto del settore delle telecomunicazioni;
- in data 30.12.1993 ha trovato conferma con delibera del Consiglio dei ministri, la dismissione totale della quota detenuta dell'Iri nel Credito Italiano e di quella detenuta dall'Eni nel Nuovo Pignone. Ulteriore delibera del Consiglio dei Ministri ha disposto la dismissione da parte dell'Eni delle società controllate Agip e Snam, previa quotazione in borsa delle stesse;
- con direttiva del 30.6.1993 il Presidente del Consiglio dei ministri Carlo Azeglio Ciampi ha proceduto alla dismissione delle partecipazioni detenute dal tesoro in Banca Commerciale Italiana, Credito italiano, Enel, Imi, STET, Ina ed Agip;
- il D.l. n. 332 del 31.5.1994, conv. in l. n. 474 del 30.7.1994, ha unificato la normativa in tema di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni;
- la legge 8.8.2002, n. 178, ha disposto, all'art. 7, la trasformazione dell'Ente nazionale per le strade ANAS in società per azioni;
- il decreto legislativo 18 novembre 1997, n. 426 ha proceduto alla trasformazione dell'ente pubblico "Centro sperimentale di cinematografia" nella fondazione "Scuola nazionale di cinema";
- il D.lgs. 29 gennaio 1998, n. 19 ha disposto la trasformazione dell'ente pubblico "La Biennale di Venezia" in persona giuridica privata denominata "Società di cultura La Biennale di Venezia", a norma dell'articolo 11, comma 1, lettera b), della L. 15 marzo 1997, n. 59;
- il D.lgs. 29 ottobre 1999, n. 419, art. 2 co. 1 tab. all. A, ha autorizzato la privatizzazione dell'intero sistema degli enti pubblici seguenti: Giunta centrale per gli studi storici, Deputazioni e società di storia patria, Istituto italiano di numismatica, Istituto Storico Italiano per il Medio Evo, Istituto storico italiano per l'età moderna e contemporanea, Istituto italiano per la storia antica, Istituto per la storia del Risorgimento italiano, Ente per le ville vesuviane, Fondazione "Il Vittoriale degli Italiani", Ente "Casa di Oriani", Centro nazionale di studi leopardiani, Istituto di studi filosofici "Enrico Castelli", Istituto italiano per la storia della musica, Istituto italiano di studi germanici (Roma), Istituto nazionale di studi verdiani (Parma), Centro nazionale di studi manzoniani (Milano), Ente "Casa Buonarroti", (Firenze), Ente "Domus Galileana" (Pisa), Istituto "Domus mazziniana" (Pisa), Centro nazionale di studi alfieriani (Asti), Istituto nazionale di studi sul rinascimento (Firenze), Istituto nazionale per la storia del movimento di liberazione in Italia (Milano), Istituto nazionale di archeologia e storia dell'arte (Roma), Centro internazionale di studi di architettura "Andrea Palladio" (Vicenza), Istituto internazionale di studi giuridici (Roma), Centro italiano di studi sull'alto medioevo (Spoleto), Erbario tropicale di Firenze, Ente nazionale della cinofilia italiana.

Nel quadro delineato mancava logicamente una disciplina del fenomeno inverso della c.d. Ri-pubblicizzazione del servizio pubblico e cioè il fatto che l'amministrazione decida, dopo averlo dato all'esterno, di gestire nuovamente e direttamente in proprio il servizio pubblico. Il che sembra coerente con la con la logica dominante di quel periodo, in cui si riteneva che lo Stato non era più in grado di garantire una gestione efficiente dei servizi pubblici, sia per una questione economica, sia per il passaggio da un sistema di Stato *interventore* ad uno Stato *regolatore*.

In questo nuovo scenario, di erosione della sovranità statale e di naturale contrapposizione tra sovranità popolare e sovranità legislativa, occorre un modello di comunità che contribuisca ad informare una diversa dimensione del diritto pubblico, nel quale oltre agli istituti classici dei contropoteri e dei *checks and balances* (partecipazione, sussidiarietà, conflitto) il potere sovrano non deve avere la forza di fare ciò che non deve fare<sup>480</sup>.

C'è da chiedersi allora se un tale percorso all'indietro sia ammissibile e quali siano gli strumenti utilizzabili perché ciò avvenga.

### **3.1. L'esperienza napoletana: il primo caso di trasformazione di una S.p.a. in azienda speciale.**

Il primo fenomeno in tal senso è stato quello posto in essere dal Comune di Napoli.

Sulla scia dell'esito referendario del giugno del 2011 che ha abrogato l'art. 23 *bis* della legge n. 133/2009, il Comune si è attivato per attuare la volontà popolare e dare nuovamente carattere pubblicistico alla gestione del servizio idrico.

In sostanza il Comune di Napoli ha concluso un processo di ri-pubblicazione<sup>481</sup> del servizio idrico sfruttando le potenzialità espresse dai nuovi scenari soprattutto attraverso una rilevante attività interpretativa in grado di innovare il diritto positivo vigente.

Il dato di partenza che ha ispirato tale operazione è l'idea del Comune come spazio di godimento dei diritti fondamentali: esso è infatti il luogo naturale di gestione dei servizi pubblici ed è elemento fondamentale di coesione di sociale in relazione al territorio che

---

<sup>480</sup>A. Lucarelli, *Nuovi modelli del diritto pubblico. Sovranità popolare v. sovranità parlamentare: il ruolo della comunità tra democrazia della rappresentanza e democrazia partecipativa* in *Diritto Pubblico Europeo, Rassegna on line*, n.1/2015, pp. 1-11.

<sup>481</sup> Delibera di Giunta 11 giugno 2011 n. 740 e delibera di Consiglio Comunale 26 ottobre 2011, n. 32.

rappresenta<sup>482</sup>.

Questa osservazione permette di ricostruire il diritto acqua pubblica come un bene comune<sup>483</sup>.

Si tratta di un bene che non può essere qualificato come un mero bene pubblico, ma come un bene insuscettibile di una dimensione egoistica e singola e che quindi si configura come un bene che rispecchia interessi di carattere generale e sociale, di cui tutti devono fruirne<sup>484</sup>. Entrando nello specifico dell'operazione, il Comune di Napoli ha trasformato una società *in house* (Arin S.p.a.) in un'azienda speciale ABC (Acqua Bene Comune).

Muovendosi in un campo privo di riferimento legislativi espressi, l'attività di interpretazione ha permesso di individuare le ragioni a sostegno della tesi della legittimità di tale operazione.

In primo luogo si è evidenziato l'inesistenza di una norma nel codice civile che impediva tale operazione<sup>485</sup>.

In secondo luogo la normativa comunitaria, in particolare gli artt. 345 e 106 par. 2 TFUE, dalla quale emerge la non assolubilità della applicazione della normativa sulla concorrenza in tema di servizi pubblici, essendo dunque possibile una gestione diretta quando questa rappresenta lo strumento migliore per la cura di interessi generali<sup>486</sup>.

Ne è derivato dunque una legittimità dell'operazione posta in essere, confermata poi dall'evoluzione dottrinarie e giurisprudenziale sviluppatasi in seguito.

### 3.2. La particolare operazione posta in essere dalla Provincia di Benevento.

Nel caso preso in esame dalla sentenza del Consiglio di Stato<sup>487</sup>, è stata realizzata una trasformazione eterogenea regressiva, cioè si è passati da una società per azione ad un'azienda speciale.

L'operazione posta in essere è stata particolare.

---

<sup>482</sup> L. Longhi, *La disciplina dei servizi pubblici locali in Italia*, cit., p. 185 ss.

<sup>483</sup> Per una definizione di bene comune vedi A. Lucarelli, *Note minimo per una teoria giuridica dei beni comuni*, in *costituzionalismo.it*, n. 3/2014, p. 1 ss.

<sup>484</sup> A. Lucarelli, *Ibidem*, p. 1 ss.

<sup>485</sup> Sulla legittimità della trasformazione di Arin spa in ABC vedi tra gli altri A. Pisani Massamormile, *Trasformazione e circolazione dei modelli organizzativi*, in *Riv. dir. comm.*, n. 1-3/2008, p. 65 ss.; G. Marasà, *Le trasformazioni eterogenee*, in *Rivista del Notariato*, 2003, p. 594;

<sup>486</sup> A. Lucarelli, *Il governo e la gestione dei servizi pubblici locali a seguito della sentenza n. 325 del 2010 della Corte costituzionale*, in F. Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche*, Milano, Giuffrè. 2011, p. 253.

<sup>487</sup> Consiglio di Stato, 27 giugno 2018, Sez. V, n. 3946.

Infatti, invece di procedere con lo scioglimento e la liquidazione della società per azione ai sensi dell'art. 2484 e ss. c.c. e successivamente ad istituire *ex novo* l'azienda speciale mediante conferimento di capitale di dotazione, è stata realizzata una trasformazione eterogenea regressiva.

Grazie a questa particolare operazione, l'azienda speciale non è un soggetto giuridico istituito *ex novo* a seguito di una duplice vicenda estintiva – costitutiva, ma un diverso modello organizzativo del soggetto imprenditoriale che faceva e continua a fare capo all'ente pubblico territoriale per la gestione dei servizi pubblici locali<sup>488</sup>.

Come già si è evidenziato tale passaggio regressivo, non è espressamente disciplinato dal legislatore, per cui è necessario individuarne il fondamento.

### 3.3. Compatibilità della trasformazione con le norme civilistiche.

Il punto di partenza di questa analisi è dato da due pronunce della Corte dei Conti del 2013 e 2014<sup>489</sup> attraverso le quali il giudice contabile contesta la trasformabilità di una S.p.a. pubblica, gestita secondo il modello dell'*in house providing*, in azienda speciale; la ragione della contestazione si fonderebbe sulla vigenza attuale dell'art. 35, c. 8 della l. n. 448/2001 (legge finanziaria 2002).

In primo luogo va sottolineato che successivamente alla norma citata è intervenuto il legislatore con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 di riforma del diritto societario, che ha introdotto per la prima volta la particolare ed innovativa figura della trasformazione eterogenea, che incide di riflesso anche sulla azienda speciale nella parte in cui evidenzia un cambio di rotta rispetto alla precedente idea di dover privatizzare tutte le aziende speciali, essendo di fatto mutato il contesto politico-economico<sup>490</sup>.

Dal punto di vista civilistico la normativa in tema di trasformazione, prima dell'intervento legislativo del 2003, contemplava esclusivamente la trasformazione omogenea.

Questa forma di trasformazione comporta il cambiamento del tipo sociale nell'ambito dello schema causale delle società e quindi nel passaggio da uno schema sociale ad un altro

<sup>488</sup> Tra le altre, Cass. Sez. I, 14 dicembre 2006, n. 26826; nonché Cass. SS.UU., 31 ottobre 2007, n. 23019.

<sup>489</sup> Corte dei Conti, Sez. regionale di controllo per il Piemonte, 23 ottobre 2013 n. 365; Corte dei Conti, Sez. Autonomie, 15 gennaio 2014, n. 2.

<sup>490</sup> A. Lucarelli, *L'azienda speciale e la legittima circolazione dei modelli di impresa: riflessione a margine di due pronunciamenti della Corte dei Conti*, in *Foro Amministrativo* (II), n. 1/ 2014, pp. 345.

schema sociale che si caratterizza per una omogeneità causale dei soggetti interessati alla trasformazione, in riferimento alla causa del contratto di società originariamente stipulato dai soci<sup>491</sup>.

Si realizza dunque un'operazione duplice: la cessazione dell'attività della vecchia società e la creazione *ex novo* di un soggetto giuridico diverso, accumulati dalla causa del contratto stipulato a monte.

La nuova figura della trasformazione eterogenea, invece, consente il passaggio da una società ad un ente non societario, ovvero un nuovo soggetto che non è un autonomo centro di imputazione e non gode di alcuna forma di soggettività giuridica, e viceversa.

Si deve aggiungere, però, che tale trasformazione assume un significato più ampio in quanto non si limita a comprendere soltanto il mutamento da un tipo sociale ad un altro, ma riguarda anche il cambiamento del modello organizzativo dell'impresa attraverso la modificazione dell'atto costitutivo dell'ente, che può addirittura sconfinare nel mutamento dello scopo<sup>492</sup>.

La trasformazione costituisce, infatti, una vicenda evolutiva o regressiva della vita dell'ente: in particolare, con la trasformazione eterogenea si determina il passaggio da un ente societario ad un altro soggetto, senza determinare la cessazione della vecchia attività, ma continuando con una veste *diversa* la medesima attività.

A sostegno della tesi della legittimità dell'operazione della trasformazione eterogenea regressiva si aggiungono poi, da un lato la non tassatività delle fattispecie di trasformazione previste dall'art. 2500 *septies* c.c., e dall'altro la compatibilità con le disposizioni pubblicistiche, che tendono a uniformare il regime delle società *in house* e delle aziende speciale in tema di vincoli di finanza pubblica e di controllo da parte della Pubblica amministrazione di riferimento.

La Corte dei Conti<sup>493</sup> sottolinea come non sussiste alcun divieto legale per le operazioni che pongono in essere trasformazioni atipiche.

Fondamentale in questa analisi è sicuramente il principio di continuità dei rapporti giuridici, disciplinato dall'art. 2498 cc, che testualmente recita: «[...] *Ente trasformato*

---

<sup>491</sup> A. Fusaro, *Trasformazione, fusione, scissione degli enti del primo libro e degli ets*, in *Rivista del Notariato*, n. 1/2018, p. 7 ss.

<sup>492</sup> A. Lucarelli, *L'azienda speciale e la legittima circolazione dei modelli di impresa: riflessione a margine di due pronunce della Corte dei Conti*, cit., p. 345.

<sup>493</sup> Corte dei Conti, Sez. Autonomie, 15 gennaio 2014, n. 2.

*conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali dell'Ente che ha effettuato la trasformazione».*

Ad avviso della Corte dei Conti tale il principio, «[...] *che è in stretta correlazione con lo stesso significato dell'operazione trasformativa, assume, a seguito della riforma [del diritto societario], un significato polivalente. La continuità, infatti, solo all'apparenza può essere circoscritta con riferimento all'ente trasformato (come ancora sembra indurre la lettera dell'art. 2498 C.c.), posto che nella disciplina 'speciale' delle trasformazioni eterogenee si prevede la trasformabilità in altri diversi soggetti giuridici. Si può ritenere allora che l'elemento di continuità debba essere identificato nell'Azienda, quale complesso di beni funzionalmente orientato allo svolgimento di un'attività di impresa e che la trasformazione trovi, quindi, la sua giustificazione sistematica nell'esigenza di salvaguardare la continuità dell'organismo produttivo e di evitare la disgregazione del patrimonio aziendale. In questa prospettiva potrebbe anche ritenersi che le fattispecie previste [nell'art. 2500-septies] non siano tassative e che anzi, tenendo conto del principio di economia dei mezzi giuridici, si possano configurare fattispecie trasformative ulteriori»<sup>494</sup>.*

Ne deriva che l'operazione di trasformazione eterogenea regressiva è ammissibile anche nel caso in cui l'operazione posta in essere è unica come nel caso della sentenza oggetto di analisi.

Infatti, non si vede alcun motivo per cui due operazioni di per se lecite se considerate autonomamente (ovvero la cessazione dell'attività di una società in un'altra con liquidazione della prima e creazione della seconda) non possano essere considerato lecite se poste in essere contemporaneamente<sup>495</sup>.

Infatti, per la Sezione Autonomie della Corte dei Conti, l'operazione risulta essere legittima alla luce dell'interpretazione sistematica delle disposizioni di cui all'art. 2500 *septies* c.c. e, in particolare, del principio di continuità (art. 2498 c.c.) applicabile a tutte le ipotesi di trasformazione societaria, tenuto conto della natura degli organismi oggetto di trasformazione<sup>496</sup>.

<sup>494</sup> Corte dei Conti, Sez. Autonomie, 15 gennaio 2014, n. 2.

<sup>495</sup> A. Lucarelli, *L'azienda speciale e la legittima circolazione dei modelli di impresa: riflessione a margine di due pronunciamenti della Corte dei Conti*, cit., p. 345.

<sup>496</sup> G. Carraro, *Trasformazione eterogenea regressiva di società a capitale pubblico*, in *Giur. comm.*, n. 5/2015, p. 925.

Inoltre l'operazione non sembra essere avversa ai principi sanciti dall'ordinamento neanche quando la trasformazione è azienda speciale.

### 3.4. Compatibilità della trasformazione con le norme pubblicistiche.

In merito al rapporto con le norme pubblicistiche, fondamento della legittimità si deve ricercare all'interno del diritto comunitario, o in quello che è meglio definito diritto pubblico europeo dell'economia<sup>497</sup>.

Viene in gioco, infatti, una trasformazione eterogenea di una società a totale partecipazione pubblica, che gestisce la produzione e l'erogazione di servizi, in un'azienda speciale consortile di diritto pubblico.

Tale operazione sembra essere non consentita a causa della (presumibile) vigenza dell'art. 35, c. 8, l.n. 448/01, la quale imporrebbe un obbligo per gli enti locali di trasformazione delle Aziende speciali che svolgono attività nell'ambito dei *servizi pubblici locali a rilevanza economica* in società di capitali.

La norma confermerebbe una preclusione alla trasformazione in aziende speciali delle società di capitali che gestiscono *[Spl]*, quali il Servizio idrico integrato<sup>498</sup>.

La Corte dei Conti, dubita della vigenza dell'art. 35, c. 8 citato, qualora si inquadri la norma contenuta nel predetto comma in un contesto logico-sistematico che abbracci, sia il lungo e tortuoso percorso legislativo che porta all'attuale disciplina dei *servizi pubblici locali a rilevanza economica*, sia le disposizioni, in ultimo quelle contenute nella l. n. 147/13 (*Legge di stabilità 2014*), che assoggettano proprio le Aziende speciali ad una serie di obblighi tesi ad evitare che gli stessi Organismi possano essere utilizzati per eludere i vincoli di finanza pubblica<sup>499</sup>.

Riguardo al primo aspetto, rileva la circostanza che il ridetto comma 8 è stato emanato in un contesto in cui – in materia di svolgimento dei *servizi pubblici locali a rilevanza economica* – non veniva più consentita, a differenza di quanto inizialmente previsto nell'art. 113 d.lgs. n. 267/00, né la gestione in proprio da parte dell'ente locale, né la

<sup>497</sup> A. Lucarelli, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico dell'economia*, in *Giur. cost.*, n. 6/2010, p. 4645 ss.

<sup>498</sup> A. Lucarelli, *L'azienda speciale e la legittima circolazione dei modelli di impresa: riflessione a margine di due pronunce della Corte dei Conti*, cit., p. 345.

<sup>499</sup> A. Santuari, *Sulla trasformazione di una spa in azienda speciale consortile*, in *www.personeedanno.it*, 2014.

gestione tramite Azienda speciale.

Nello specifico lo Stato italiano, nell'ambito della sfera di discrezionalità prevista dalla disciplina comunitaria, aveva sancito, con le previsioni contenute negli artt. 35, l. n. 448/01 e 14 del d.l. n. 269/03, convertito con modificazioni dalla l.n. 326/03, un principio generale che vietava all'Autorità pubblica di gestire direttamente, mediante Aziende speciali o in economia, i servizi in questione.

Da qui il corrispondente obbligo, da esercitarsi entro un termine stabilito e nelle modalità prescritte, di trasformazione delle Aziende speciali gerenti i predetti servizi.

A quanto sopra occorre aggiungere che, per lo specifico settore del *Servizio idrico*, il *Codice dell'ambiente* (d.lgs. n. 152/06) aveva previsto gli stessi modelli di gestione dell'art. 113, c. 5, TUEL – che per l'appunto escludevano l'esercizio dei *servizi pubblici locali a rilevanza economica* tramite l'Azienda speciale – «[...] *stabilendo però una graduazione fra la modalità principale (la gara) e quelle alternative*».

Il divieto della gestione diretta da parte dell'Ente pubblico, in economia o tramite Azienda speciale, è stato poi rinnovato dall'art. 23-*bis* d.l. n. 112/08, convertito con modificazioni dalla l.n. 133/08, che «*ha previsto che gli Enti Locali potessero scegliere, per la gestione di tutti i 'servizi pubblici a rilevanza economica', incluso il Servizio idrico, tra due modelli di affidamento: a) a soggetti terzi individuati con gara; b) a Società miste costituite con gara c.d. 'a doppio oggetto'. L'affidamento a Società 'in house' [restava] previsto soltanto come ipotesi eccezionale (in presenza di particolari esigenze territoriali e sociali e previo parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato)*»<sup>500</sup>.

L'evoluzione normativa così confermava la preclusione alla trasformazione in Aziende speciali delle Società di capitali gerenti *servizi pubblici locali*.

Senonché, a seguito del *referendum* tenutosi nel mese di giugno 2011 e a far data dal 21 luglio 2011 (giorno successivo alla pubblicazione sulla G.U. della Repubblica italiana del D.P.R. n. 113/11), l'intero art. 23-*bis* menzionato è stato abrogato. In conseguenza dell'approvazione della proposta abrogativa sono derivate due importanti conseguenze: non si è avuta alcuna reviviscenza delle norme abrogate dal ridetto art. 23-*bis*<sup>1</sup>; nell'ordinamento italiano è derivata l'applicazione immediata della normativa comunitaria relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica

---

<sup>500</sup> Corte dei Conti, Sez. Autonomie, 15 gennaio 2014, n. 2.

per l'affidamento della gestione di *servizi pubblici di rilevanza economica*<sup>501</sup>.

Ciò ha spinto la Sezione delle Autonomie a ritenere che «[...] è lecito dubitare della perdurante vigenza dell'art. 35, comma 8, Legge n. 448/01, dal momento che [con la cennata normativa comunitaria] è venuto meno ogni divieto assoluto alla gestione diretta, o mediante Azienda speciale, dei servizi pubblici locali. La predetta disposizione [ossia quella contenuta nel ridetto comma 8], pur non avendo formato oggetto di quesito referendario, potrebbe considerarsi implicitamente abrogata, essendo frutto della stessa concezione sottesa all'abrogato art. 23-bis, Dl. n. 112/08. Peraltro, va sottolineato il carattere transitorio della disposizione di cui all'art. 35, comma 8, Legge n. 448/01, la cui operatività è stata originariamente fissata al 31 dicembre 2002. Tale termine è stato prorogato al 30 giugno 2003 per effetto dell'art. 1, comma 7-ter, Dl. 8 luglio 2002, n. 138, convertito dalla Legge 8 agosto 2002, n. 178. In mancanza di ulteriori proroghe, sembrerebbe confermata la tesi dell'abrogazione implicita, considerando le successive norme che, contemplando le aziende speciali, presuppongono la loro piena operatività»<sup>502</sup>.

E' intervenuta poi la Corte costituzionale che come è noto, in quell'occasione ha evidenziato che l'abrogazione della norma suddetta non avrebbe comportato una *vacatio* legislativa in quanto sarebbe risultata applicabile la normativa e i principi europei idonei a garantire la regolazione della materia ed il rispetto del principio della concorrenza<sup>503</sup>.

Peraltro, con l'art 4, d.l. n. 138/2011, convertito in l.n. 148/2011 è stata nuovamente affrontata la tematica dei *servizi pubblici locali a rilevanza economica*, ed è stato reintrodotta l'abrogato art 23 bis nella sua quasi totalità il Regolamento di attuazione, contenuto nel d.P.R. n. 168/10.

La Corte costituzionale con la sentenza n. 199/12 ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il ricordato art. 4, d.l. n. 138/11 citato, in quanto adottato in violazione del divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare<sup>504</sup>.

Da tale articolato complesso normativo sembra emergere in definitiva l'inesistenza di ostacoli ad un'operazione di trasformazione eterogenea di una Società a totale

<sup>501</sup> A. Pierobon, *La trasformazione dalla S.p.a. pubblica all'azienda speciale del servizio idrico integrato*, in *Azienda Italia*, n. 4/2014, p. 29 ss.

<sup>502</sup> Corte dei Conti, Sez. Autonomie, 15 gennaio 2014, n. 2.

<sup>503</sup> Corte Costituzionale 26 gennaio 2011, n. 24, con nota di A. Lucarelli, *I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia*, cit., p. 247.

<sup>504</sup> A. Lucarelli, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012 e la questione dell'inapplicabilità patto di stabilità interno alle s.p.a. in house ed alle aziende speciali*, in *federalismi.it*, n. 18/2012, pp. 1-8.

partecipazione pubblica, che gestisce un *servizi pubblici locali*, in un'Azienda speciale consortile di diritto pubblico, come evidenziato dai Giudici contabili secondo cui «[...] *la tesi dell'abrogazione implicita* (del comma 8 dell'art. 35 della Legge n. 448/01) è avvalorata dalla previsione di specifiche disposizioni, da cui si evince che il Legislatore ha inteso 'conservare' l'istituto dell'Azienda speciale», tanto più che si scorge «[...] *nella 'Legge di stabilità 2014' un maggior rigore nella disciplina delle Aziende speciali e delle Istituzioni, che va oltre la tendenziale omogeneità di trattamento degli Organismi partecipati [...]* Ciò vale a dire che non ha ragione di esistere la preoccupazione del possibile impiego dell'istituto dell'Azienda speciale a scopi elusivi dei vincoli di finanza pubblica poiché, si ripete, la relativa normativa prevede misure più severe di quelle riferite alle società di capitali che gestiscono 'servizi pubblici locali'. In ogni caso, l'operazione di trasformazione dovrebbe essere corredata da un'attività di revisione economica-patrimoniale (c.d. *due diligence*) della società trasformanda, a garanzia dei terzi e dell'ente che istituisce l'Azienda speciale»<sup>505</sup>.

Dunque anche la Corte dei Conti riconosce all'ente locale il potere di ripubblicizzare la società di capitali *in house* mediante trasformazione eterogenea diretta individuandone il fondamento costituzionale immediatamente all'art. 43 Cost., norma che risolve la vicenda non già in termini di trasferimento alla mano pubblica di beni o complessi di beni (siano reti o aziende), bensì letteralmente in termini di trasferimento di *imprese*, ossia di *attività*: che è, esattamente, quanto si registra nella trasformazione eterogenea divisata dalla Corte dei Conti, la quale lascia inalterato il regime proprietario del compendio aziendale (ed, *a fortiori*, delle reti), pur conseguendo l'effetto di riattribuire all'ente locale territoriale il monopolio pubblico dell'*attività* e così del servizio in cui questa si sostanzia.

Del resto, anche con riferimento ai principi del diritto comunitario, una simile conclusione è coerente: ancora di recente, la Corte di Giustizia, ha ribadito che l'art. 345 TFUE esprime un vero e proprio principio di neutralità dei Trattati rispetto al regime proprietario dei beni (quand'anche produttivi) nei singoli Stati membri<sup>506</sup>; l'ordinamento comunitario, insomma, contrariamente a quel che si potrebbe credere, rimane da sempre indifferente tanto alla nazionalizzazione delle imprese quanto alla loro privatizzazione<sup>507</sup>.

<sup>505</sup> A. Santuari, *Sulla trasformazione di una spa in azienda speciale consortile*, cit.

<sup>506</sup> R. Mastroianni e A. Arena, *I servizi pubblici nel Gats e nel Tfu: una radicale divergenza di impostazione?*, in *Diritto del commercio internazionale*, n. 1/2010, p. 27.

<sup>507</sup> A. Lucarelli, *Commento all'art 43 della Costituzione*, cit., p. 833 ss.

Risulta pertanto a tutt'oggi comunitariamente legittimo, per gli Stati membri che lo vogliano, perseguire l'obiettivo di mantenere, o anche d'istituire *ex novo*, un regime di titolarità pubblica per una od altra impresa o categoria d'impresе.

Il Consiglio di Stato, quindi, sulla base delle argomentazioni, originariamente elaborate dalla Corte dei Conti, Sezione Autonomie richiamata, definisce egregiamente la vicenda della trasformazione della società *in house* in azienda speciale come un processo di «*ripubblicizzazione dell'organismo deputato alla gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, riconducibile ad una trasformazione eterogenea regressiva che non dà luogo ad una vicenda estintiva-costitutiva, bensì al mutamento della forma organizzativa dello stesso soggetto imprenditoriale*». In definitiva l'autorevolezza della posizione del Consiglio di Stato assume particolare rilevanza intervenendo in un contesto legislativo in cui le società partecipate sottostanno ad una disciplina organica all'interno del d.lgs. n. 175/2016 tesa a perseguire, nell'ambito di una delle direttrici della riforma introdotta dalla legge delega n. 124/2015 da cui il decreto promana, da un lato la razionalizzazione delle partecipazioni e dall'altra una loro efficienza gestionale. Risultati questi perseguiti anche attraverso un loro rigido assoggettamento basato, nel caso di controllo pubblico e quindi pure nell'*in house*, a norme speciali pubblicistiche derogatorie c.c. sempre più stringenti<sup>508</sup>.

Si deve evidenziare che rispetto al 2014, mentre vi sono state profonde innovazioni per le società a partecipazione pubblica, per le Aziende speciali di fatto la disciplina è rimasta immutata, e in mancanza di un chiarimento autorevole quale quello del Consiglio di Stato vi sarebbero stati ancora più dubbi, peraltro legittimi, sull'attualità dell'apertura manifestata dalla Corte dei conti verso tale strumento.

L'ammissibilità della trasformazione regressiva, ancorché legittima e sostanzialmente non contraria in astratto con i principi comunitari, pone una serie di problemi con l'altro principio della concorrenza, specie di derivazione comunitaria, cui devono essere improntati i servizi pubblici.

In passato, la concorrenza nei servizi pubblici si caratterizzava in modo da realizzare la contendibilità dei mercati, supponendo che il regime del monopolio fosse una caratteristica

---

<sup>508</sup> E. Rivola, *L'azienda speciale per la governance dei servizi pubblici alla luce della recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Azienda Italia* n. 10/2018, p. 1276 ss.

naturale del settore<sup>509</sup>.

Successivamente la c.d. liberalizzazione ha modificato l'idea di concorrenza: la concorrenza è vista oggi come un principio che si scontra con il concetto di monopolio, e lo porta ai margini della struttura economica. Si parla infatti di concorrenza nel mercato, intesa come garanzia di partecipazione di più soggetti, in grado di competere nel mercato a secondo dei costi e dei servizi offerti.

Apparentemente ciò sembra mettere in contrasto l'operazione di trasformazione posta in essere con l'applicazione in concreto di tali principi.

Se la regola è la concorrenza, questa verrebbe messa in crisi da un intervento di un ente di diritto pubblico, come l'azienda speciale.

Bisogna però evidenziare che il tale principio può essere derogato.

Si può sostenere che nel caso in cui il pubblico servizio non sia in grado di raggiungere spontaneamente, e all'interno del libero mercato, gli obiettivi che la costituzione pone alla base di questa attività, ci si troverà di fronte ad un fallimento del mercato che potrebbe legittimare l'assunzione del servizio da parte di un'amministrazione pubblica in regime di monopolio, per concedere la gestione ai privati, in regime di concessione o prestare direttamente i corrispondenti servizi.

Ma esiste un limite invalicabile affinché possa derogarsi alla concorrenza: il perseguimento di interessi generali.

Infatti, nell'ottica di applicazione di un principio di proporzionalità, la deroga di un principio regolatore dei servizi pubblici può essere giustificato solo in presenza del perseguimento di interessi di natura superiore: insomma un principio rilevante, ma che cede il passo di fronte agli interessi della collettività.

Anche la Corte di Giustizia<sup>510</sup>, nella sentenza n. 113/2014, ha affermato che *«gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che non ostano ad una normativa nazionale che [...] prevede che la fornitura dei servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza debba essere attribuita in via prioritaria e con affidamento diretto, in mancanza di qualsiasi pubblicità, alle associazioni di volontariato convenzionate, purché l'ambito normativo e convenzionale in cui si svolge l'attività delle associazioni in parola*

---

<sup>509</sup> E. Scotti, *I principi informatori dei servizi pubblici locali*, in H. Bonura e M. Cassano (a cura di), *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, cit., p. 4 ss

<sup>510</sup> Corte di Giustizia, Causa C113/13 Corte di giustizia, Sez. V, 11 dicembre 2014.

*contribuisca effettivamente alla finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio su cui detta disciplina è basata».*

In sostanza, il giudice europeo valorizza, come presupposti della deroga alla concorrenza, l'efficacia delle prestazioni per i fini di interesse pubblico, l'equilibrio di bilancio e, soprattutto, la realizzazione del valore della solidarietà (sempre secondo il principio di proporzionalità delle misure legislative nazionali)<sup>511</sup>.

In questa prospettiva deve essere calato anche il problema della migliore modalità di gestione dei servizi pubblici.

Infatti, dall'analisi normativa data dell'art. 43 Cost. e degli artt. 114 e 115 TUEL, emerge un'indifferenza del legislatore per la miglior forma di gestione.

Esistono, infatti, gestioni di servizi affidate direttamente all'ente locale, o gestioni esterne dei servizi in cui un soggetto privato eserciti il servizio per conto dell'ente.

Se infatti in passato, sulla scia delle privatizzazioni si era ritenuto che il soggetto privato, nelle forme e nei modi stabiliti dalla legge, potesse garantire uno *standard* di servizi di gran lunga superiore rispetto alla gestione pubblici, anche a causa delle crescenti problematiche in tema di debito pubblico, oggi sono vari i casi in cui si sceglie la via completamente pubblica per la gestione del servizio<sup>512</sup>.

In tema di SIEG, poi, occorre richiamare l'art. 106, par. 2 TFUE, ai sensi del quale *«le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità».*

La norma riconosce all'istituzione pubblica, a certe condizioni, il potere di valutare l'opportunità politico-sociale ed economica, oltre che organizzativo-gestionale, di affidare il servizio al di fuori dalle regole del mercato e della concorrenza. Il limite alla regola della concorrenza, di cui all'art. 106, c. 2 TFUE, riferito alla specifica missione alla quale devono tendere i servizi di interesse economico generale, da una lettura armonica con l'art. 14

<sup>511</sup> F. Midiri, *I servizi pubblici locali privi di interesse economico fra legislatore nazionale e giurisprudenza europea*, in *Federalismi.it*, n. 6/2017, p. 14 ss.

<sup>512</sup> A. Lucarelli, *Il Servizio idrico integrato in una prospettiva di ridimensionamento della regola della concorrenza*. cit., p. 288.

TFUE e con l'art. 36 della Carta europea dei diritti fondamentali, viene potenziato sotto l'aspetto quantitativo e qualitativo dall'imprescindibile rispetto e perseguimento dei valori sociali dell'Unione europea<sup>513</sup>.

Si tratta di una norma che fissa la non assolutezza dell'applicazione delle regole di concorrenza in materia di SIEG e, dunque, indirettamente, la possibilità in talune ipotesi di un ricorso a modelli di gestione diretta.

#### 4. Considerazioni conclusive: una ipotesi particolare di sussidiarietà orizzontale? Servizi pubblici e beni comuni?

Nel quadro sin qui delineato si innesta quella parte di dottrina che sostiene il necessario statuto pubblico di determinati beni.

I beni comuni sono beni né escludibili, né sottraibili, in quanto, in una logica di coesione economico-sociale, sono orientati al soddisfacimento di diritti fondamentali<sup>514</sup>.

Tali teorie sono fondate sul principio della collaborazione e partecipazione della comunità di riferimento, hanno dimostrato che in molti casi i diretti utilizzatori delle risorse sono autonomamente in grado di elaborare istituzioni di gestione efficienti in grado di garantire la sostenibilità d'uso nel tempo<sup>515</sup>.

L'importanza dei servizi nonché la necessaria fruibilità di tutti i consociati di tali servizi sono tali da poterli farli rientrare nell'accezione di bene comune: ciò giustifica e rende coerente la ripubblicizzazione di tali servizi in un'ottica pienamente coerente con quanto dispone l'art 43 della costituzione.

Le istituzioni pubbliche gestiscono, attraverso il pieno coinvolgimento delle comunità, i beni comuni, in quanto tutori di interessi generali, non in quanto proprietari e sono titolari di un potere dispositivo limitato sul bene che, anche sulla base, come si è visto, di norme di ordine costituzionale e di rango primario, non consentirebbe di orientarlo al mercato, attraverso gestioni di natura privatistica.

Potrebbe al più immaginarsi, nell'ottica del principio di solidarietà che deroga alla

---

<sup>513</sup> A. Lucarelli, *L'azienda speciale e la legittima circolazione dei modelli di impresa: riflessione a margine di due pronunciamenti della Corte dei Conti*, cit., p. 345.

<sup>514</sup> A. Lucarelli, *Beni Comuni, contributo per una teoria giuridica*, cit., p. 5 ss.

<sup>515</sup> A. Lucarelli, J. Mercier, T. Perroud e E. Bottini *Biens communs. Contribution à une théorie juridique* in di H. Dumont, M. El Berhoumi, E. Nègrier, V. Simoulin (a cura di), *Droit et Société*, n. 1/2018, p. 141 ss.

concorrenza, una gestione del servizio attraverso l'utilizzo del principio di sussidiarietà orizzontale<sup>516</sup>.

Si tratta, in particolare, delle forme di partecipazione all'erogazione delle prestazioni ad opera di soggetti privati diverse da quelle nelle quali gli intendimenti *sociali* degli operatori, da soli, non sono in grado di neutralizzare le logiche di mercato in senso oggettivo, chiudendo ad altri operatori.

Il che può verificarsi nei casi in cui l'operatore privato realizza una prestazione non suscettibile di essere assorbita da logiche di mercato, perché la specificità/identità soggettiva del soggetto ad un interesse personale dell'utente o, in altri termini, ad una caratteristica essenziale per la garanzia dell'efficacia promozionale concreta della attività.

**Abstract:** Il presente articolo analizza l'ipotesi dell'introduzione del ruolo dell'avvocato in Costituzione, anche alla luce delle attuali metamorfosi del diritto e dei nuovi scenari del diritto globale.

**Abstract:** This paper analyzes the hypothesis of the introduction of the role of the lawyer in the Italian Constitution, also considering the current metamorphosis of law and the new scenarios of global law.

**Parole chiave:** Giurisdizione – avvocato – diritto globale.

**Key words:** Jurisdiction – lawyer – global law.

---

<sup>516</sup> Il principio di sussidiarietà è disciplinato dall'118 della Costituzione. La sussidiarietà verticale riguarda la distribuzione delle competenze amministrative all'autorità più vicine ai cittadini, in quanto maggiormente in grado di soddisfarne le aspettative. La sussidiarietà orizzontale riguarda invece la distribuzione di competenze tra le amministrazioni pubbliche ed i cittadini.

*Notizie sugli Autori*

Luigi Sica – Dottorando di ricerca di Diritto dell'economia e tutela delle situazioni soggettive - Università di Napoli “Federico II”

Salvatore D’Acunto – Professore associato di Economia politica - Università della Campania “Luigi Vanvitelli”

Domenico Suppa – Professore a contratto di Economia politica – Università telematica “G. Fortunato”

Alessandra Cautela – Dottoressa Magistrale in Giurisprudenza – Università di Napoli “Federico II” e Avvocato

Renata Maddaluna – Dottoressa in Giurisprudenza – Università di Napoli “Federico II”

Luca Longhi – Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico – Università telematica “Pegaso”

Francesco Gaspari - Professore associato di Diritto amministrativo – Università degli studi “Guglielmo Marconi”

Guido Saltelli – Dottorando di ricerca in Diritti umani. Storia, teoria e prassi – Università di Napoli “Federico II”