DIRITTO PUBBLICO EUROPEO

Rassegna on line

Fascicolo n. 2/2020
ISSN 2421-0528

SOMMARIO

Saggi

Nicola Maffei – *Dallo "stato di crisi" alla transizione intrasistemica: riflessioni sulla (possibile) eredità dell'emergenza Covid-19 nel contesto costituzionale italiano* (p. 1)

Cosimo Pietro Guarini – *Ricorso "condizionato" all'*in house providing *e primcipio di «*libera amministrazione delle autorità pubbliche*»: una contraddizione solo apparente per CGUE e Corte costituzionale* (p. 23)

Armando de Crescenzo – *Le "sunset rules" come strumenti di* better regulation*. Un possibile equilibrio tra centralità parlamentare in periodi emergenziali e obiettivo di semplificazione normativa* (p. 47)

Virgilia Fogliame – *Qualche osservazione sul rendimento delle innovazioni legislative di stampo paritario introdotte in Liguria e in Puglia* (p. 70)

Articoli, note, commenti

Gennaro Ferraiuolo – *Degenerazioni della democrazia e lacune del linguaggio. Riflessioni a partire da Alberto Lucarelli,* Populismi e rappresentanza democratica (p. 83)

Materiali

Raffaele Bifulco – *Il trasferimento dei dati personali nella sentenza Schrems II: dal contenuto essenziale al principio di proporzionalità e ritorno* (p. 96)

Osservatorio permanente sul futuro dell'Unione europea

Virgilio D'Antonio e Livia Saporito – *Modelli normativi di* contract tracing *tra "*ragione*" e "volontà"* (p. 113)

Marta Picchi – *Le prospettive post emergenza dell'Unione europea: tutela della salute e welfare state quali possibili motori di sviluppo dell'economia e del sistema produttivo* (p. 143)

Giovanna Petrillo – *Coronavirus e aiuti di stato: un'occasione di riflessione per il futuro* (p. 169)

Daniele Trabucco – *Gli strumenti economico-finanziari dell'Unione europea per fronteggiare le conseguenze della pandemia causata dal* Covid-19*: un rafforzamento dell'*ordo *neoliberista con ripercussioni "silenti" sulla forma di stato e sulla tenuta dell'ordinamento comunitario. Verso un'Europa a "due velocità"?* (p. 185)

Andrea Napolitano – *Il ritorno decisivo dello Stato imprenditore. Dalla nazionalizzazione di Alitalia alla estensione dei c.d.* golden powers (p. 207)

Leonardo Pasqui – *Un'altra emergenza per l'Unione europea: tra intervento pubblico e governance* (p. 231)

Antonio Tipaldi – *Diritti sociali e principio di equilibrio di bilancio nell'emergenza del Covid-19* (p. 247)

Fulvio Pastore e Luigi Di Santo (a cura di), Processi cognitivi e cognizione giurisdizionale. Atti del Convegno dell'Università di Cassino e del Lazio Meridionale – Dipartimento di Economia e Giurisprudenza, Cassino 13 dicembre 2019

Fulvio Pastore e Luigi Di Santo – *Introduzione: processi cognitivi e cognizione giurisdizionale* (p. 261)

Antonio Punzi – *Prefazione* (p. 276)

Sergio Bianchi – *Matematica e cognizione giurisdizionale* (p. 279)

Giovanni Camillo Porzio – *Statistica e conoscenza giurisdizionale: alcuni elementi per un discorso* (p. 306)

Raffaele Trequattrini – *Il rilievo dell'economia aziendale nella cognizione giurisdizionale: profili epistemologici nella disciplina delle false comunicazioni sociali* (p. 318)

Chiara Berti – *Psicologia e giurisdizione: il caso delle neuroscienze forensi* (p. 331)

Rosella Tomassoni e Eugenia Treglia – *Il contributo della psicologia alla cognizione dei giudici* (p. 352)

Roberto Poli – *Logica e razionalità nella ricostruzione giudiziale dei fatti* (p. 361)

Giuseppe Maria Cipolla – *Processi cognitivi e cognizione giurisdizionale nel processo tributario* (p. 392)

Pasquale Passalacqua – *Osservazione sulla cognizione del giudice del lavoro attraverso i poteri istruttori officiosi* (p. 406)

Pierpaolo Dell'Anno – *Scienza e conoscenza nel diritto penale* (p. 417)

Gianrico Ranaldi – *Processo penale e prova informatica: profili introduttivi* (p. 440)

Luigi Di Santo – *Verità e cognizione giurisdizionale* (p. 465)

Raffaele Maione – *Il declino della legge dinanzi all'ascesa del diritto giurisprudenziale* (p. 479)

Andrea Patroni Griffi – *Alcune riflessioni finali, ma non conclusive, su scienza, bioetica, giustizia e politica* (p. 487)

Notizie sugli autori (p. 495)

DIRITTO PUBBLICO EUROPEO – RASSEGNA ON LINE

N. 2/2020

SAGGI

DALLO "STATO DI CRISI" ALLA TRANSIZIONE INTRASISTEMICA: RIFLESSIONI SULLA (POSSIBILE) EREDITÀ DELL'EMERGENZA COVID-19 NEL CONTESTO COSTITUZIONALE ITALIANO*.

di Nicola Maffei**

Sommario. 1. Introduzione. – 2. Stato di crisi e concentrazione eccezionale del potere. – 3. L'uso del DPCM nella gestione dell'emergenza sanitaria in Italia: prospettive per una transizione intrasistemica? – 4. Conclusioni.

1. Introduzione.

"*We have therefore made the assessment that COVID-19 can be characterized as a pandemic*"[1]. Con queste parole il direttore generale dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) Tedros Adhanom Ghebreyesus, nella conferenza stampa tenutasi l'11 marzo 2020, ha definito l'emergenza COVID-2019 una situazione pandemica. Tale dichiarazione ha rappresentato l'apice di un susseguirsi di pronunce che avevano visto il 9 gennaio 2020 comunicare, sempre da parte dell'OMS, l'avvenuto isolamento ad opera delle autorità sanitarie cinesi di un nuovo ceppo di coronavirus, sconosciuto all'uomo prima di allora, e riconducibile a un focolaio di casi di polmonite registrati a partire dal 31 dicembre 2019 a Wuhan, città situata nella Cina centrale. A tale pronuncia era seguita, il 30 gennaio 2020,

---

* *Sottoposto a referaggio.*

** Dottore magistrale in Giurisprudenza – Università degli Studi di Bari "Aldo Moro".

[1] *WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020*, in *www.who.int* 26/05/2020.

un'ulteriore conferenza stampa nella quale l'Agenzia delle Nazioni Unite specializzata per le questioni sanitarie definiva l'epidemia da COVID-19 un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale[2]. Tuttavia, le parole che più hanno avuto una risonanza dal punto di vista mediatico-sociale sono state quelle pronunciate l'11 marzo: il termine *pandemia* ha infatti inevitabilmente portato alla memoria dei più attenti le vicende che coinvolsero la popolazione mondiale ad inizio del XX secolo, in particolare fra il 1918 e il 1920, in relazione a una delle varianti del virus dell'influenza H1N1, determinante il diffondersi dell'influenza spagnola, cui fecero seguito mezzo miliardo di contagi ed almeno 50 milioni di morti, anche se alcune stime parlano di 100 milioni[3]. Partendo da tali premesse, tentativo specifico di questo studio sarà chiedersi in quale misura ed in quali termini il fenomeno pandemico rappresentato dal COVID-19 possa aver avuto e possa ancora avere, vista l'imprevedibilità del suo avanzare, un impatto sulle odierne liberal e social-democrazie, con particolare riferimento all'esperienza costituzionale italiana.

A questo proposito, partire da un breve inquadramento del concetto di costituzionalismo può risultare certamente funzionale ad individuare il contesto all'interno del quale tale esplosione sanitaria ha manifestato tutta la sua potenza, facendo emergere alcune latenti fragilità e contraddizioni dei sistemi giuridici e sociali attuali.

Il portato politico-giuridico di ciò che Augusto Barbera definisce come "quel movimento politico, filosofico, culturale volto alla conquista di documenti costituzionali improntati a principi liberali o liberaldemocratici"[4] si compone essenzialmente di due elementi fondamentali: la separazione dei poteri e la garanzia dei diritti[5]. Tali concetti, articolandosi in un rapporto di dipendenza reciproca, hanno informato ed informano ancora oggi la stesura e la lettura interpretativa dei testi costituzionali, trovando negli ultimi decenni affermazione altresì oltre la cornice-Stato. In particolare, lo sviluppo di processi di globalizzazione e l'emergere di organizzazioni internazionali e di istituzioni pubblico-private ha di fatto messo in crisi il modello di diritto costituzionale ancorato al concetto di "sovranità statuale"[6], portando la giuspubblicistica europea ad elaborare la teoria del

[2] *Misure sull'emergenza coronavirus (COVID-19) - Quadro generale, Camera dei Deputati Documentazione parlamentare*, in *temi.camera.it* 26/05/2020.
[3] *Le pandemie nella storia: dal vaiolo del '500 al Covid-19*, in *www.fondazioneveronesi.it*.,26/05/2020.
[4] A. Barbera, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Bari-Roma, Laterza, 2006, p. 3.
[5] C. Martinelli, *Le radici del costituzionalismo*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 8.
[6] G. Amato, *Passato, presente e futuro del costituzionalismo*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 2/2018, p. 2.

costituzionalismo multilivello. Tale teoria presuppone una generalizzata consapevolezza rispetto all'affermazione, a seguito della progressiva osmosi tra ordinamenti nazionali e sovranazionali, di uno *spazio giuridico europeo* il quale, alimentato da un processo orizzontale di integrazione europea e da un ricco dialogo tra Corti, ha portato e porta tutt'ora all'elaborazione di comuni principi giurisprudenziali e alla costruzione di un diritto comune soprattutto in tema di diritti e libertà fondamentali[7].

Il percorso evoluzionistico cui qui si è brevemente accennato può tuttavia incontrare una battuta d'arresto o, per meglio dire, una deviazione dinanzi al verificarsi di particolari circostanze fattuali le quali possono determinare un'eccezionale concentrazione del potere, cui si lega inevitabilmente una parimenti eccezionale sospensione dei diritti di libertà costituzionalmente previsti. Prescindendo ora dal copioso pluralismo lessicale che l'odierno panorama comparatistico offre, per una più precisa enucleazione ermeneutica delle particolari circostanze fattuali appena citate, nel successivo paragrafo si farà riferimento al macroconcetto di *stato di crisi*, la cui prima elaborazione teorica è da attribuire al filosofo e politologo tedesco Karl Loewenstein all'interno della sua opera *Political Power and the Government Process* del 1957[8] e che oggi, per i fatti tristemente noti, ha riacquistato un forte valore di attualità.

2. Stato di crisi e concentrazione eccezionale del potere.

"Not even the most perfectly balanced political system can always rely on the normal operation of the constitutional institutions and procedures, least of all Rome, bent, in her adolescence, on conquest, and, in her maturity, threatened by powerful foreign rivals. For dealing with what may be called crisis government, the Romans found the solution in the institution of the contitutional dictatorship, a regular if extraordinary magistracy"[9]. Questo

[7] Per un'analisi più approfondita sul punto si vedano G. Rolla, *Il processo di ibridazione dei sistemi accentrati di giustizia costituzionale. Note di diritto comparato*, in M. Carbonell, H. Fix-fierro e D. Valades, *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Tomo III: Justicia, Universitad Nacional Autonòma de México*, Messico, Instituto de Investigationes Jurìdicas, 2015, p. 519 s.; P. Scarlatti, *Costituzionalismo multilivello e questione democratica nell'Europa del dopo-Lisbona*, in *Rivista AIC*, n. 1/2012, p. 5 s.; G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Rinella e M. Volpi, *Diritto pubblico comparato*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 131 ss.

[8] G. De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, I, Padova, Cedam, 2019, p. 476.

[9] K. Loewenstein, *The Governance of Rome*, The Hague, Martinus Nijoff, 1973, p. 75. Per un approfondimento sulla dittatura commissaria nella Roma classica si veda anche C. Schmitt, *Die Diktatur*.

breve passo, estratto da una successiva opera del già citato Loewenstein, rappresenta l'*incipit* di un'analisi specifica che il politologo compie della dittatura costituzionale nella Roma repubblicana del VI secolo A.C. Tale riferimento risulta propedeutico all'identificazione del concetto di *stato di crisi* in quanto, pur rappresentando la dittatura costituzionale romana un *unicum* nel panorama comparatistico, data la peculiarità del contesto storico-culturale in cui si inserisce e si sviluppa, ciò nondimeno essa offre ad un occhio attento una serie di elementi che, in virtù della loro ripetuta riscontrabilità in contesti ordinamentali qualitativamente e temporalmente lontani tra loro, contribuiscono a definire in maniera più chiara i contorni del *crisis government*. Tali elementi sono quattro: lo stato di necessità, la temporaneità, la proporzionalità delle misure adottate ed infine la sussistenza di controlli di carattere politico e giurisdizionale.

Procedendo con ordine, per *stato di necessità* o *di emergenza* si vuole intendere qui il verificarsi di una serie di situazioni improvvise di difficoltà o di pericolo che, imperversando con i caratteri propri dell'eccezionalità e della imprevedibilità, comportano una crisi nel funzionamento dell'architettura istituzionale alla base di un dato contesto sociale[10]. Si sono così avvicendati nel corso del tempo una serie di tentativi classificatori di tali situazioni, che, a partire dalla macrodistinzione tra conflitti interni di ordine pubblico e conflitti internazionali, peraltro riconducibile storiograficamente alla distinzione di Loewenstein tra *foreign war* e *internal disorder*[11], hanno visto enumerare altresì le ipotesi di calamità naturali (tra le quali oggi è possibile annoverare l'emergenza Covid-19), di crisi economiche (finanziarie, monetarie, industriali, occupazionali), di crisi derivanti dal radicamento della criminalità organizzata, peraltro puntellandosi recentemente anche di caratteri internazionalistici, visto il respiro sovranazionale di alcune emergenze quali quella terroristica, climatica e, da ultimo, pandemica[12]. Sebbene, per ragioni legate alla multiformità del dato empirico, la *necessità* sfugga ad una pedissequa identificazione nei pur numerosi stati emergenziali appena elencati, ciò che di più interessante essa offre ai

---

Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf, Berlin, Duncker & Humblot, 1921, trad. it., *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Roma - Bari, Laterza, 1975, a cura e con introd. di F. Valentini, in cui si analizza altresì la sua torsione totalitaria, inquadrandone poi l'attualizzazione novecentesca - come da sottotitolo - nell'assunta esasperazione contemporanea della democrazia, secondo la concezione marxiana e la concreta realizzazione bolscevica.

[10] A. Pizzoruso, *Emergenza, stato di*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, III, Roma, Treccani, 1993, p. 551 ss.

[11] Sul punto si veda K. Loewenstein, *The Governance*, cit., p. 76.

[12] A. Rolla, *Profili costituzionali dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015, p. 3.

fini di questo studio, è la sua suscettibilità ad un duplice percorso ermeneutico. Mentre infatti un primo filone interpretativo, sensibile da un lato ai richiami dello *stato d'eccezione* di matrice schmittiana[13] e dall'altro al concetto di *necessità-urgente*[14] di Santi Romano[15], ascriverebbe alla necessità il valore di *fonte del diritto extra-ordinem* operante in virtù del principio di effettività nelle ipotesi in cui la strumentazione normativa ordinaria si mostri inidonea a tutelare da situazioni di carattere eccezionale l'ordine costituito, il secondo filone di pensiero leggerebbe la necessità come *stato di necessità*, ovverosia come presupposto fattuale legittimante un esercizio dei poteri statuali che, seppur straordinari ed eccezionali, vengano esercitati sempre nel rispetto di limiti costituzionalmente previsti: utile a questo proposito è il richiamo per il contesto italiano al decreto-legge, il quale, pur distinguendosi per una disciplina derogatoria rispetto all'ordinario procedimento legislativo, trova nell'art 77 una precisa copertura costituzionale[16]. In tal senso, questa seconda lettura del concetto di necessità appare più garantista o, quantomeno, maggiormente prudente: pur non dovendosi infatti asserire *a priori* che l'esercizio della fonte necessitata avvenga necessariamente *contra Constitutionem*, è indubbio che l'autolegittimazione del potere scaturente dalla necessità-fonte o l'eccessiva vaghezza delle disposizioni costituzionali disciplinanti lo *stato di necessità* si prestino con maggiore

[13] Lo *stato di eccezione*, teorizzato da Carl Schmitt nella sua opera *Politische Theologie* (1922), trad. it., *Teologia politica*, in *Id.*, *Le categorie del 'politico'*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 1972, p. 33 ss. , rappresenta un momento di discontinuità tale per cui, dinanzi a una struttura normativa pregressa non più in grado di rispondere alle istanze politiche, sociali religiose di un dato momento storico, possa identificarsi come sovrano esclusivamente il soggetto che, assumendo una decisione politica fondamentale, sia capace di interpretare e condurre consapevolmente ad uniformità tale pluralità di istanze, facendosene portatore. La decisione politica assunta dal titolare del potere costituente attribuisce una veste giuridico-formale a tale pluralità di istanze mediante la riconduzione del dato dell'effettività all'interno di un ordine giuridico come sua legittimazione sostanziale. Sono dunque effettività e concretezza della scelta politica ad assurgere al ruolo di fonte di legittimazione della Costituzione, cosicché il contenuto materiale della stessa non risponde una precisa idea di giustizia o una presunta scelta valore di stampo giusnaturalistico bensì esclusivamente al tipo di scelta politica adottata. Sul punto la letteratura è enorme e sarebbe ultroneo richiamarla, ma si vedano (tra i moltissimi richiami possibili), almeno M. Caserta, *Democrazia e costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt*, Roma, Aracne, 2005, p. 163 s. e M. Nigro, *Carl Schmitt fra diritto e politica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1986, vol. 15, p. 715.

[14] Espressione usata dall'autore, in F. De Vanna, *L'ordinamento giuridico di Santi Romano e il pluralismo oltre l'orizzonte dello Stato: alcuni percorsi interpretativi*, in *Jura Gentium*, XV (2018), 2, p. 44 ss.

[15] La necessità "può implicare la materiale e assoluta impossibilità di applicare, in certe condizioni, le leggi vigenti e, in questo caso, può dirsi che "necessitas non habet legem". Può anche implicare l'imprescindibile esigenza di agire secondo nuove norme da essa determinate e, in questo senso, come dice un altro comune aforisma, la necessità fa legge. In ogni caso, "salus rei publicae suprema lex". Così S. Romano, *Principii di diritto costituzionale generale* (1946), ora in Id., *L'"ultimo" Santi Romano*, cit., Milano, Giuffrè, 2013, p. 287.

[16] M. Calamo Specchia, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2020, p. 3. Sul punto si veda anche A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, pp. 560-562.

facilità ad una degenerazione culminante nel sovvertimento dell'ordine costituito. Quanto accaduto nella Repubblica di Weimar a seguito dell'utilizzo dell'art. 48 nel 1933 ne rappresenta un esempio tangibile: la sostanziale illimitatezza e apertura a soluzioni non giuridicamente prevedibili della concentrazione del potere realizzata mediante l'emanazione del *decreto per la protezione del popolo e dello Stato* ha, di fatto, aperto la strada all'avvento del regime nazionalsocialista[17].

Il secondo elemento che caratterizza lo *stato di crisi*, come detto, è la temporaneità. "The office was restricted to the maximum duration of six months"[18]. Anche in questo caso l'idealtipo della repubblica romana rivela tutta la sua autorevolezza da un punto di vista comparatistico: come infatti per la dittatura costituzionale romana era prevista una durata massima di sei mesi per affrontare l'emergenza interna o esterna, così è pacifico ritenere che le eccezionali misure che oggi vengono adottate dai vari ordinamenti a seguito della constatazione e/o dichiarazione di uno *stato di crisi*, riconducibili in via esegetica all'istituto della sospensione della Costituzione, non possano che avere un carattere meramente transitorio. I motivi di tale asserzione riposano nella *ratio* che sottende proprio al citato istituto della sospensione della Costituzione, vale a dire quella circostanza che vede tutte o, più frequentemente, alcune disposizioni costituzionali, concernenti in genere il riparto delle attribuzioni tra i vari organi di vertice e le garanzie delle libertà fondamentali, essere provvisoriamente sospese nella loro efficacia giuridica in ragione della predisposizione di un *regime a tempo definito* in grado di fronteggiare una qualsiasi emergenza non superabile evidentemente mediante gli strumenti di cui dispone l'impianto giuridico ordinario. Il fine che peraltro informa la predisposizione della sospensione costituzionale è quello di fornire, pur mediante strumenti derogatori, una difesa della Costituzione stessa. In tal senso si fa appello al principio di conservazione dell'assetto costituzionale, sulla scorta del quale la Costituzione viene disattesa in nome di sé stessa[19].

Il carattere della temporaneità a questo punto viene in rilievo come elemento qualificante della sospensione nella misura in cui, qualora le deroghe introdotte dovessero perdere il loro carattere di transitorietà conservando la loro vigenza ed efficacia anche successivamente al superamento della situazione emergenziale che ne aveva costituito la

[17] G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Rinella e M. Volpi, *Diritto pubblico*, cit., pp. 209-212.
[18] K. Loewenstein, *The Governance*, cit., p. 76.
[19] G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Rinella e M. Volpi, *Diritto pubblico*, cit., p. 208 ss.

causa di giustificazione e legittimazione, si avrebbe un mutamento totale di prospettiva, dovendosi parlare più propriamente in tal caso di revisione tacita della Costituzione[20] con conseguenze alquanto pericolose da un punto di vista garantistico, dato il peso identitario che le specifiche norme derogate hanno per l'intero ordinamento[21].

Il terzo elemento che contribuisce a qualificare lo *stato di crisi* è la proporzionalità delle misure adottate per far fronte all'emergenza: in occasione infatti dell'esercizio dei poteri c. d. emergenziali è sempre riscontrabile, recondito, il rischio di abusi e travalicamenti costituzionali i quali possono spingersi sino a comportare, come avvenuto nel già citato caso tedesco, un sovvertimento della forma di Stato. Tuttavia si ritiene qui opportuno collegare il requisito di proporzionalità degli atti con quello relativo al loro controllo in sede politica e giurisdizionale, in quanto entrambi costituiscono elementi limitativi posti a garanzia del tessuto identitario, e pertanto assolutamente inderogabile, di ogni singolo ordinamento costituzionale, anche durante l'eccezionale vigenza di un regime di crisi dettato da circostanze impreviste. Anche in tale caso giova citare un passo dell'opera di Loewenstein, ove viene sottolineato il ruolo di controllo (implicito) esercitato dal Senato romano rispetto alla *dictatorship*, articolato oltretutto secondo due diverse direttrici: l'autore descrive infatti come la *sanzione* senatoriale si concretasse sia in fase di nomina, ove era previsto che la scelta da parte del console o del tribuno consolare del dittatore avvenisse, se non con una sovvenzione ufficiale, almeno con un consenso di carattere fattuale dei *Patres*; e sia in una fase successiva, in quanto se da un lato il dittatore era esentato dal giustificare il suo operato nell'esercizio del suo ufficio, dall'altro era strettamente dipendente dal Senato in ordine al supporto finanziario[22] della propria azione politico-militare[23].

Prendendo in senso lato le mosse da questo antico modello di garanzia, diversi ordinamenti giuridici registrano oggi, al verificarsi di stati emergenziali, interventi ad opera degli organi parlamentari e giurisdizionali tesi a vigilare sul corretto e proporzionale, per quanto

[20] A. Rolla, *Profili costituzionali*, cit., p. 1 ss.

[21] Le norme sulla separazione dei poteri e sulla garanzia dei diritti rappresentano la conquista del costituzionalismo moderno e pertanto il nucleo duro di ogni Costituzione. Sul punto si veda utilmente l'art 16 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789: «Ogni società nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata, non ha costituzione».

[22] Si potrebbe trattare di una sorta di antesignano, con tutte le precauzioni del caso, del *power of the purse* tipico del contesto presidenziale statunitense e previsto espressamente nella Costituzione USA nell'art I, sez 9, co 7 (*the Appropriations Clause*) e nell'art I, sez 8, co 1 (*the Taxing and Spending Clause*).

[23] K. Loewenstein, *The Governance*, cit., p. 77 ss.

eccezionale, esercizio dei poteri da parte del potere esecutivo che, per via della sua composizione ristretta e talora monocratica nonché per la sua diretta sovraordinazione alla macchina amministrativa, viene frequentemente indicato come il soggetto istituzionale più idoneo ad assolvere una simile funzione[24]. In particolare, al fine di assicurare il minor sacrificio possibile ai diritti di libertà, ciò che emerge dal plurale dato costituzionale è il diffuso affermarsi di un principio di compartecipazione e collaborazione di tutti i tre tradizionali poteri nell'affrontare l'emergenza. A mero titolo esemplificativo, si sottopone qui brevemente all'attenzione il caso della Costituzione francese della V Repubblica. L'ordinamento francese prevede tre ipotesi emergenziali: 1) Lo *stato d'assedio*: *ex* art. 36 della Costituzione esso viene dichiarato con decreto adottato in Consiglio dei ministri ed ha una durata di 12 giorni, eventualmente prorogabile previa autorizzazione del Parlamento. Tale situazione vede i poteri di eccezione essere comunque disciplinati con legge, la quale pertanto mantiene integro il principio di legalità a tutela di tutti i diritti costituzionalmente garantiti.

2) Lo *stato di crisi*: *ex* art. 16 della Costituzione, il Presidente della Repubblica, "quando le istituzioni della Repubblica, l'indipendenza della nazione, l'integrità del territorio o l'esecuzione degli impegni internazionali sono minacciati in maniera grave ed immediata e il regolare funzionamento dei poteri pubblici costituzionali è interrotto"[25], può adottare qualunque tipo di «*mesures*», ad eccezione dello scioglimento dell'Assemblea nazionale, richieste dalle circostanze previo espletamento di un'attività consultiva avente come destinatari il Primo ministro, i Presidenti delle Assemblee legislative e il *Conseil constitutionnel*. Tali consultazioni, benché obbligatorie, non comportano una vincolatività dei pareri espressi. La *Loi contitutionnelle* n. 2008-724 ha tuttavia introdotto la possibilità per il Presidente dell'Assemblea nazionale, il Presidente del Senato, sessanta deputati o sessanta senatori, di adire, trascorsi 30 giorni di esercizio dei poteri eccezionali, il *Conseil constitutionnel* affinché esso si pronunci, sempre mediante parere, in ordine al permanere dei presupposti per la dichiarazione dello stato di crisi. Si tratta come detto anche qui di un parere, la cui efficacia è in un certo modo garantita però dall'obbligo di pubblicazione. In aggiunta, trascorsi 60 giorni dall'inizio dello stato di crisi il *Conseil* procede automaticamente al suddetto controllo e, qualora tale stato dovesse protrarsi oltre i 60

[24] G. De Vergottini, *Diritto costituzionale*, cit., p. 479.
[25] Si veda l'art 16 Cost.

giorni, può verificare di propria iniziativa in qualsiasi momento la sussistenza dei presupposti emergenziali[26].

3) L*'état d'urgence*: un terzo strumento potenzialmente lesivo e derogatorio delle libertà costituzionali è lo stato d'emergenza, previsto e disciplinato dalla legge 55-395. Esso può essere dichiarato al verificarsi di gravi violazioni dell'ordine pubblico o in caso di calamità pubbliche su tutto o parte del territorio mediante decreto del Consiglio dei ministri per un periodo non superiore a 12 giorni, la cui proroga può essere stabilita dall'Assemblea nazionale a condizione però che specifichi la durata dell'emergenza[27].

Questa breve rassegna degli strumenti derogatori predisposti dall'ordinamento francese dinanzi al sopravvenire di situazioni eccezionali, meritevoli in altra sede di una trattazione più approfondita, risultano tuttavia funzionali ai fini di questo studio per dimostrare come l'effettivo coinvolgimento di più organi costituzionali estranei all'esecutivo, nel caso francese dualista, rispondano alla logica, o alla ammirevole intenzione, del legislatore ordinario e costituzionale di approntare, in relazione alle componenti fisiologicamente celeri ed improvvise dell'azione emergenziale, un certo grado di condivisione e ponderazione nell'assunzione delle scelte politiche, data la delicatezza della materia su cui si procede ad intervenire in chiave derogatoria. Il medesimo fine guida altresì la disciplina dei tre regimi emergenziali predisposta dall'ordinamento costituzionale spagnolo che condivide peraltro con quello italiano la scelta della forma di governo parlamentare. In base a quanto stabilito dai primi quattro commi dell'art. 116 della Costituzione spagnola emerge infatti con chiarezza la volontà di prevedere, accanto al conferimento del potere di gestione dell'emergenza in capo al Governo, un mutevole intervento dell'organo parlamentare in relazione alle scelte del potere esecutivo a titolo confermativo, autorizzativo e deliberativo rispettivamente in caso di stato di allarme, di stato di eccezione e di stato di assedio. Se, congiuntamente a questa circostanza che vede appunto l'ordinamento spagnolo, nonostante la situazione di eccezionalità, cercare di mantenere intatti gli equilibri alla base dei rapporti tra i poteri anche per il tramite dell'ulteriore previsione di specifici atti di garanzia quali

[26] C. Bontemps di Sturco, *Francia*, in *Poteri emergenziali e deroghe al principio di legalità*, a cura di P. Passaglia, *Studi di diritto comparato*, 2011, pp. 7-11, in *www.cortecostituzionale.it*, ultima consultazione il 28/05/2020.

[27] G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Rinella e M. Volpi, *Diritto pubblico*, cit., p. 213. Per una ricostruzione della prima reazione della Francia all'emergenza Covid-19 si veda F. Gallarati, *Le libertà fondamentali alla prova del coronavirus. La gestione dell'emergenza sanitaria in Francia e Spagna*, in L. Cuocolo (a cura di) I *diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19*, aggiornato al 5 maggio 2020, pp. 50-55.

l'impossibilità di sciogliere le Camere (art 116, c. 5 CE), il divieto di intraprendere revisioni costituzionali (art. 169 CE), la necessità che tutti gli organi costituzionali mantengano la pienezza delle loro funzioni (art. 116, c. 5 CE) e l'inderogabilità del principio di responsabilità del Governo (art. 116, c. 6 CE), si pone altresì l'attenzione sulla connessa disciplina in tema di diritti, la quale da un lato predispone un elenco dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche suscettibili di sospensione negli stati di eccezione o di assedio (art. 55, c. 1 CE) e dall'altro, per contro, vieta la sospensione durante lo stato di allarme di diritti e libertà autorizzandone la mera limitazione nei termini previsti dalla legge (art. 11 legge organica 4/1981)[28] e in ogni caso a condizione di non intaccarne il contenuto essenziale (art. 53, co.1 CE)[29], risulta interessante chiedersi, anche tenendo conto di quanto esposto precedentemente in merito al contesto ordinamentale francese, se possa configurarsi un rapporto di diretta proporzionalità tra la minuziosità delle previsioni costituzionali relative al conferimento e all'esercizio dei poteri emergenziali ed una più salda tutela dei diritti di libertà quantomeno in un'ottica di certezza del diritto. Per l'approfondimento di questo ultimo aspetto, può venire in soccorso il confronto che qui si propone tra la dettagliatissima disciplina dello *stato d'assedio* e dello *stato di emergenza* prevista dalla Costituzione portoghese negli articoli 19, 134 e 138, e la totale assenza di una disciplina costituzionalmente tipizzata dello stato emergenziale nel contesto ordinamentale italiano. L'attenta lettura dell'art. 19 *succitato* rivela come siano stabiliti: i presupposti per la dichiarazione dello stato di assedio e di emergenza, venendo essi identificati «soltanto nei casi di aggressione effettiva o imminente di forze straniere, di grave minaccia o perturbazione dell'ordine costituzionale democratico o di calamità pubblica»; l'obbligo di rispettare il principio di proporzionalità, dovendo dichiarazione ed esecuzione dello *stato di assedio* o *di emergenza* limitarsi «con particolare riferimento alla loro estensione e durata e mezzi utilizzati, a quanto è strettamente necessario al pronto ristabilimento della normalità costituzionale»; l'obbligo di motivazione e l'obbligo di specificazione «dei diritti, delle libertà e delle garanzie il cui esercizio rimane sospeso». Ancora si precisa che la

[28] Il testo completo della legge organica 4/1981 è stato rinvenuto in *www.boe.es*, consultato il 30/06/2020.
[29] Sul punto si veda M.C. Carbone, *La disciplina dell'emergenza e la tenuta della forma di governo parlamentare. Alcune brevi osservazioni a partire dalla normativa emergenziale in Spagna*, in *Dirittifondamentali.it* – Attualità, Data di pubblicazione – 1 giugno 2020. Per una descrizione dettagliata dei tre regimi emergenziali si veda, tra gli altri, P. Bonetti, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006, p. 179 ss. Il testo completo della Costituzione spagnola è stato rinvenuto in *www.senado.es*, consultato il 30/06/2020.

dichiarazione dello *stato d'assedio* o dello *stato di emergenza* «in nessun caso può intaccare i diritti alla vita, alla integrità personale, alla identità personale, alla capacità civile e alla cittadinanza, la irretroattività della legge penale, il diritto di difesa degli imputati e la libertà di coscienza e di religione» e che «può alterare la normalità costituzionale soltanto nei termini previsti nella Costituzione e nella legge e non può in particolare incidere sull'applicazione delle regole costituzionali relative alla competenza e al funzionamento degli organi di sovranità e di governo delle regioni autonome o sui diritti e sulle immunità dei rispettivi titolari»[30]. Tutta questa disciplina, se arricchita degli elementi normativi offerti dalla lettura degli articoli 134 e 138[31], rende lampante un certo livello di *imbrigliatura istituzionale* cui i poteri eccezionali di crisi vengono sottoposti nell'ordinamento costituzionale portoghese, con conseguenti vantaggi in termini di garanzia per i diritti di libertà e per la tenuta dell'ordine democratico costituito.

Non è possibile addivenire alla medesima conclusione se si osserva l'ordinamento costituzionale italiano, il quale, rinvenendo una disciplina peraltro solo *lato sensu* riconducibile allo stato emergenziale esclusivamente nell'ambito degli articoli 77, 78 e 120 della Costituzione, mostra — rispetto a questo ambito di intervento, reso quanto mai attuale dall'incedere dei contagi da COVID-19 — non poche criticità in sede di concreta produzione ed applicazione normativa.

3. L'uso del DPCM nella gestione dell'emergenza sanitaria in Italia: prospettive per una transizione intrasistemica?

Le riflessioni che si vogliono condividere in questa sede necessitano di essere lette alla luce di una premessa di carattere metodologico. A dispetto infatti della pluralità di *atti* e *fatti* che l'evolversi dell'emergenza ha ingenerato e potrà ingenerare nel prossimo futuro, data l'imprevedibilità dell'andamento del fenomeno, si volge qui l'attenzione nello specifico alle particolari circostanze che hanno visto avvicendarsi, in un rapporto di dubbia coerenza con il sistema delle fonti, il decreto-legge n. 6 del 23 febbraio 2020 e i decreti del Presidente

[30] Il testo completo della Costituzione portoghese è stato desunto da *www.elearning.unite.it.*
[31] Gli artt. 134 e 138 disciplinano in particolare i soggetti protagonisti e le procedure mediante cui si addiviene alla dichiarazione dello *stato di assedio* o *di emergenza*.

del Consiglio dei ministri a esso collegati[32]. I citati atti, invero, per essere analizzati al meglio, vanno preliminarmente collocati sistematicamente all'interno del contesto temporale immediatamente successivo alla dichiarazione di rischio pandemia dell'OMS del 30 gennaio 2020, che ha dato luogo all'adozione di una sequela di provvedimenti di carattere normativo e amministrativo. A seguito della detta dichiarazione dell'OMS, è occorsa una delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020 recante la "Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili", fissandone la durata in 6 mesi[33]. Tale delibera trova la propria legittimazione normativa nel Codice della protezione civile (d.lgs n. 1/2018). Secondo infatti il Codice della protezione civile, che individua nel Presidente del Consiglio dei ministri l'autorità nazionale di protezione civile con poteri di ordinanza e di direttiva, il Consiglio dei ministri, su proposta di quest'ultimo, dinanzi al verificarsi di una delle tre tipologie di emergenze di rilievo nazionale previste dall'art. 7 dello stesso Codice, previo accertamento in tal senso da parte del Dipartimento della protezione civile, è titolare del potere di deliberare lo stato di emergenza di rilievo nazionale, stabilendone la durata, che non può comunque eccedere i dodici mesi, rinnovabili per altri dodici. Per fronteggiare lo stato di emergenza nazionale il Presidente del Consiglio dei ministri, continua il Codice, è legittimato ad adottare ordinanze, in deroga ad ogni disposizione vigente, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e del diritto dell'Unione Europea e purché venga rispettato l'obbligo di specifica motivazione di tali ordinanze, le quali peraltro possono essere emanate solo successivamente all'acquisizione dell'intesa delle Regioni e con la espressa indicazione delle norme di legge che intendono derogare[34].

A questo punto sorge un primo interrogativo: in base a quale principio una legge ordinaria, quale il d.lgs. n. 1/2018 citato, può conferire al potere esecutivo la potestà di dichiarare lo stato di emergenza e, per questo tramite, autorizzare una serie di provvedimenti *lato sensu* attuativi di tale stato emergenziale dichiarato? La domanda in realtà è intrinsecamente doppia in quanto: da un lato ci si chiede ove si rinvenga il fondamento giuridico della

[32] La questione potrebbe tornare di attualità in relazione al d.l n. 34/2020 (c.d. "Decreto Rilancio") qualora si dovesse registrare anche in tal caso una proliferazione di DPCM ad esso connessi.
[33] Si veda l'art. 1 Delibera del Consiglio dei ministri 31 gennaio 2020, (GU Serie Generale n. 26 del 01-02-2020).
[34] Si veda il Decreto Legislativo n. 1 del 2 gennaio 2018: Codice della protezione civile, (GU Serie Generale n. 17 del 22-01-2018).

necessità di dichiarare lo stato di emergenza; e dall'altro ci si chiede se ed entro quali limiti il potere esecutivo possa ergersi a protagonista della gestione dell'emergenza dichiarata.

In ordine al primo interrogativo, la cui risposta è resa non agevole dalla mancata previsione all'interno della Costituzione italiana di una disposizione che preveda e disciplini puntualmente lo stato di emergenza[35], un'attenta dottrina fa notare come all'interno della Costituzione sia individuabile un sorta di "implicito statuto costituzionale dell'emergenza"[36] il quale è costituito, in quanto espressione dei tradizionali principi del *primum vivere* e del *salus rei publicae*, dai principi di unità ed indivisibilità della Repubblica, di ripudio della guerra come strumento di offesa, di tutela della salute pubblica e della pubblica sicurezza, nonché dall'affermazione delle fonti sulla produzione dell'emergenza (art. 77 e 120 Cost.) e, da ultimo, dall'intangibilità dei princìpi supremi del vigente ordine costituzionale. Si tratta evidentemente di elementi che, pur non direttamente riconducibili ad esso, sottopongono il concetto di *stato di emergenza* ad un processo di positivizzazione, fornendo così gli strumenti ermeneutici idonei a legittimarne la dichiarazione.

Quanto alla soluzione del secondo quesito, va chiarito invece che lo sforzo interpretativo appena menzionato, pur riportando estensivamente lo stato d'emergenza nei *binari* del diritto costituzionale positivo, non consente, dato il silenzio del costituente riguardo alle competenze e alle procedure, di spingersi sino a sostenere una diretta attribuibilità della titolarità nella gestione dell'emergenza dalla Costituzione nelle mani del potere esecutivo. Si ritiene infatti necessaria perlomeno l'interposizione di una norma primaria[37]. In questo senso, e in base a quanto affermato sinora, l'impianto normativo costruito dal Codice di protezione civile apparirebbe, ed effettivamente risulta, incontestabile, in quanto vede una

[35] L'analogia proposta in riferimento allo *stato di guerra* previsto ai sensi dell'art- 78 Cost («Le Camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al Governo i poteri necessari») non è in genere ritenuta *allo stato* percorribile. Sul punto si veda L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata* a cura dello stesso, in *federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19,* aggiornato al 5 Maggio 2020, p. 31. Sul punto può peraltro vedersi la discussione tra S. Prisco e F. Abbondante, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, ivi, 24 marzo 2020, in cui il primo propone *de jure condendo* una revisione dell'art. 78 per fronteggiare le future emergenze ambientali e sanitarie (non per quelle "politiche", come il terrorismo), suggerendo di guardare — anche quanto alle forme, ai limiti, alle garanzie — alle soluzioni costituzionali spagnola e tedesca, ossia di Paesi con analoga forma di governo e medesimo tipo di Stato, che riconosce largamente autonomie politiche territoriali.

[36] M. Calamo Specchia, *Principio di legalità*, cit., p. 8.

[37] Sul punto, M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, p. 113 ss.

norma primaria (d.lgs. n. 1/2018) attribuire un potere di ordinanza, anche integrativo, in capo al potere esecutivo, seppur con l'imposizione di limiti stringenti[38].

A questo punto però, per ragioni di completezza, ma soprattutto per coerenza con il tema che ci si propone di indagare, è necessario far riferimento ad un altro *iter* normativo percorribile in ordine alla gestione concreta dello stato di emergenza in Italia. La norma primaria su richiamata come necessariamente successiva alla Costituzione può essere individuata infatti anche nel decreto-legge, particolare fonte normativa di primo grado di matrice, almeno inizialmente, esclusivamente governativa. La fonte decreto-legge parrebbe particolarmente idonea a fronteggiare uno stato di emergenza per due ordini di motivi.

Il primo di questi rinvia al dettato dell'art. 77 della Costituzione ed in particolare all'espressione «in casi straordinari di necessità ed urgenza» prevista nel comma 2. Dietro queste parole si cela infatti la *ratio* più profonda del decreto-legge. La sua celere entrata in vigore, dettata dall'assenza di *vacatio legis* e dalla veloce approvazione con procedimento svoltosi esclusivamente in seno al Governo, consente ad esso di intervenire in maniera immediata rispetto alle esigenze richieste dalla situazione. Inoltre il Governo, data la posizione di vertice che occupa all'interno di tutto l'apparato amministrativo, è strettamente legato a quest'ultimo sia in fase di acquisizione delle informazioni riguardanti l'emergenza e sia in sede di attuazione di interventi per il tramite dell'apparato stesso, con evidenti vantaggi in termini di prontezza dell'azione[39].

La seconda ragione che rende questa fonte la più idonea per la gestione di uno stato di emergenza rinvia a quanto si è specificato nel secondo paragrafo di tale contributo relativamente alle fisiologiche conseguenze che una dichiarazione di *stato di crisi* ha sui diritti di libertà costituzionalmente garantiti.

Il decreto-legge, nonostante il suo carattere eccezionale, è, seppur provvisoriamente, fonte di rango primario e, come tale, risulta in linea con tutto quel sistema di deroghe, coperte da riserva di legge, che vengono previste ed ammesse espressamente nel dettato di molti degli

[38] Art 25 del Decreto Legislativo n. 1 del 2 gennaio 2018: Codice della protezione civile, (GU Serie Generale n.17 del 22-01-2018), in particolare il comma 1 «Per il coordinamento dell'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza di rilievo nazionale si provvede mediante ordinanze di protezione civile, da adottarsi in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea. Le ordinanze sono emanate acquisita l'intesa delle Regioni e Province autonome territorialmente interessate e, ove rechino deroghe alle leggi vigenti, devono contenere l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare e devono essere specificamente motivate».

[39] F. S. Marini, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19*, 22 Aprile 2020, p. 7.

articoli previsti in Costituzione aventi ad oggetto la tutela dei diritti di libertà[40]. Se, a questo proposito, si richiama la sentenza n. 68/1964 della Corte costituzionale la quale ha dichiarato, in riferimento all'art. 16 Cost, che la riserva di legge ivi prevista è di natura relativa[41], si ha modo a questo punto di introdurre il discorso riguardo alla fonte normativa che più ha suscitato perplessità in merito all'azione del Governo italiano nel fronteggiare l'emergenza COVID-19: il Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (DPCM). Questo atto infatti, in ragione del suo carattere meramente amministrativo ben si inserirebbe come provvedimento esecutivo ed attuativo di un decreto-legge derogatorio, sempre previa sussistenza dei presupposti *ex* art. 77 Cost, di una libertà costituzionalmente garantita, senza che ciò vada ad intaccare in alcun modo la coerenza del sistema delle fonti. La questione tuttavia si è posta a causa del controverso uso, peraltro reiterato, che di questo atto si è fatto durante nella c. d. *fase 1*, in un periodo inquadrabile tra la fine del mese di febbraio e l'inizio del mese di marzo 2020. Una breve ricostruzione dei fatti successivi alla dichiarazione dello stato di emergenza del 31 gennaio 2020 da parte del Consiglio dei ministri aiuterà a delineare meglio la situazione in quanto, a dispetto dei primi provvedimenti che portavano a ritenere che fra i due possibili percorsi normativi emergenziali qui illustrati (l'uno Costituzione - Codice della protezione civile - dichiarazione dello stato di emergenza - DPCM/ordinanze anche integrative; e l'altro Costituzione - legge/decreto-legge - DPCM/ordinanze meramente esecutive)[42] si fosse scelto decisamente il primo, l'evolversi dei fatti ha evidenziato una sostanziale *inversione di rotta*. A seguito infatti del proliferare alluvionale di ordinanze della protezione civile, del Ministro della salute, nonché delle autorità regionali e locali, in data 23 febbraio 2020 il Governo ha emanato il decreto-legge n. 6/2020. Potrebbe sembrare lecito a questo punto affermare che, seppur *in itinere*, si sia scelta una via di gestione dell'emergenza pienamente coerente con l'impianto ordinamentale delle fonti. L'analisi dei contenuti del detto decreto e dei DPCM attuativi dello stesso, non consente tuttavia di addivenire pacificamente ad una siffatta conclusione. Le ragioni di queste perplessità riposano innanzitutto nelle parole utilizzate nell'art 1, co. 1, del decreto, ove si autorizzano le autorità competenti ad «*adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi*

[40] L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza*, cit., pp. 32-33. Si vedano gli artt. 13 ss. della Costituzione italiana.
[41] Si veda Corte cost., s. n. 68/1964 in *www.cortecostituzionale.it*.
[42] M. Calamo Specchia, *Principio di legalità*, cit., p. 8.

della situazione epidemiologica» in particolari aree territoriali[43]; in secondo luogo nell'art 3, co. 1, ove, per l'adozione dei provvedimenti di cui agli articoli precedenti si rimanda allo strumento del DPCM ed infine nell'art 2, il quale autorizza le «autorità competenti» e dunque il Presidente del Consiglio dei ministri ad intervenire anche fuori dalla definizione territoriale di quelle aree, utilizzando la generica formula «ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza».

Il quadro esposto porta a leggere il decreto-legge n. 6/2020 come una fonte contenente previsioni puramente ipotetiche, le quali affidano *in bianco* le decisioni concrete a un atto amministrativo, quale appunto è il DPCM[44]. Si tradisce in questo modo il rapporto tra decreto-legge e atti amministrativi meramente esecutivi, così come concepito all'interno del nostro sistema delle fonti. Non si riscontrano infatti in tale decreto-legge i requisiti di specificità, immediata applicabilità e temporaneità previsti dal legislatore, in particolare nell'art 15 della legge n. 400/1988[45], dotata peraltro di una sorta di *legittimazione costituzionale* per il tramite della sentenza della Corte costituzionale n. 22/2012[46].

Gli effetti di tale *vaghezza* del decreto-legge si sono presto manifestati nei contenuti previsti dai numerosi DDPCM susseguitisi dal 4 marzo all'11 marzo 2020[47], destando non poche perplessità in termini di garanzia della tutela costituzionale dei diritti. Le misure concrete poste in essere da tali atti hanno previsto infatti sensibili limitazioni delle libertà costituzionali, quantomeno stressando quel principio della riserva di legge di cui prima si è accennato. I DPCM infatti, usufruendo di una legittimazione offerta dal decreto-legge n. 6/2020 con una formula sorprendentemente ampia, si sono di fatto sostituiti ad esso, ponendo in essere in via diretta ed innovativa quei contenuti normativi emergenziali e derogatori di libertà costituzionali che, di regola, solo una fonte di rango primario, legge o atto avente forza di legge, avrebbe potuto realizzare e rispetto al quale i DPCM avrebbero

[43] Si veda l'art 1 del Decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 (GU Serie Generale n.45 del 23-02-2020).

[44] L. A. Mazzarolli, *«Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo* extra ordinem, *con ovvio conseguente strapotere alle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri*, in *federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19*, 23 marzo 2020, p. 13.

[45] Legge 23 agosto 1988, n. 400 Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri (GU Serie Generale n.214 del 12-09-1988).

[46] M. Calamo Specchia, *Principio di legalità*, cit., p. 12.

[47] Per una ricostruzione cronologica dei DPCM si rimanda a *Coronavirus, le misure adottate dal Governo*, in *www.governo.it*, 31/05/2020.

dovuto rapportarsi come meri strumenti di carattere esecutivo[48]. I motivi che sottolineano l'opportunità giuridica dell'uso del decreto-legge in luogo del decreto del Presidente del Consiglio in merito alla restrizione delle libertà personali possono ben rinvenirsi in considerazioni di natura *giuridico-sistematica* aventi peraltro conseguenze importanti per il prosieguo di tale trattazione. Il decreto-legge infatti, sebbene dettato da circostanze eccezionali che giustificano la deroga al procedimento legislativo ordinario, è comunque sottoposto a controlli atti a verificarne i presupposti di legittimità e democraticità. Il primo di essi, per immediatezza, è quello effettuato dal Presidente della Repubblica, il quale, anche qualora non gli si voglia riconoscere il medesimo *potere sospensivo di rinvio* di cui è titolare nei confronti delle leggi approvate dal Parlamento[49], è comunque il soggetto individuato dall'art. 87 della Costituzione a emanare i decreti con valore di legge, realizzandosi così un controllo anche solo di carattere procedurale. Il secondo controllo è quello di carattere parlamentare, dato l'obbligo, previsto sempre in Costituzione, per il Governo di presentare il decreto-legge il giorno stesso della sua adozione dinanzi alle Camere affinché venga convertito nel termine tassativo di 60 giorni dalla sua pubblicazione, pena perdita di efficacia *ex tunc*. Si tratta in questo caso di un controllo *ex post* ma che tuttavia, oltre a verificare l'effettiva sussistenza dei requisiti di necessità ed urgenza, si permea anche di una forte connotazione politica interistituzionale. Da ultimo va menzionato il sindacato di costituzionalità cui il decreto-legge è – eventualmente – sottoposto dinanzi alla Corte costituzionale in merito alla sussistenza dei presupposti di necessità ed urgenza e, in base ad una giurisprudenza recente, anche di omogeneità dal punto di vista dell'oggetto e dello scopo[50]. Come è evidente, la decretazione d'urgenza posta in essere dal Governo per il tramite del decreto-legge è soggetta ad un vaglio più o meno incisivo da parte di tutti i soggetti che oggi, nelle democrazie consolidate, costituiscono i protagonisti dell'articolarsi della forma di governo, con evidenti benefici per la coerenza e la tenuta dell'intero ordine costituzionale. Da questo punto di vista il

[48] Si vedano sul punto G. Silvestri, *Covid-19 e Costituzione*, in *unicost.eu*, 15/06/2020; P. Carrozzino, *Libertà di circolazione e soggiorno, principio di legalità e gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2020, pp. 10-12; R. Di Maria, *Il binomio "riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali" in tempo di COVID-19: una questione non soltanto "di principio"*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n. 1/2020, p. 511; S. Staiano, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, p. 546; A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto*, cit., pp. 570-575.
[49] Sul dibattito in tema si veda E. Stradella, *Il controllo del Presidente della Repubblica sulla decretazione d'urgenza: fondamenti e prassi alla prova della crisi*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2016.
[50] Si veda Corte cost., s. n. 22/2012.

DPCM si pone invece su un fronte totalmente opposto in quanto, per la sua natura meramente amministrativa, sebbene con effetti regolamentari di carattere generale, sfugge a una qualsivoglia verifica da parte del Presidente della Repubblica, del Parlamento e della Corte costituzionale, predisponendosi per esso solamente un controllo preventivo di legittimità da parte della Corte dei conti ai sensi della legge n. 340/2000 e un controllo successivo, in sede di eventuale ricorso, da parte del giudice amministrativo. Il cortocircuito istituzionale parrebbe essersi realizzato pertanto non solo sul piano del sistema delle fonti, come si è tentato di argomentare, ma anche in merito ai controlli cui eventualmente i DPCM adottati tra 4 marzo all'11 marzo 2020 avrebbero, *rectius*, non avrebbero potuto essere soggetti, nonostante le importanti limitazioni di libertà costituzionalmente garantite da essi perpetrate.

In base a quanto complessivamente sostenuto sino ad ora, un'altra freccia necessita di essere brevemente estratta dalla faretra relativamente all'interrogativo, a tratti forse provocatorio, circa l'eventualità che questo uso dei DDPCM, le cui criticità si è tentato di fare qui emergere, possa essere inserito all'interno di un discorso più ampio relativo alle *tensioni* che ormai da decenni interessano la forma di governo parlamentare italiana.

La premessa da cui è imprescindibilmente necessario partire è la constatazione che il fenomeno del COVID-19 ha rappresentato e rappresenta ancora oggi un'emergenza nazionale senza precedenti nella storia della Repubblica, e come tale ha messo alla prova in modo parimenti rilevante tanto lo Stato-comunità quanto lo Stato-apparato. Tuttavia, quanto è emerso, dal punto di vista delle dinamiche istituzionali relative al limitato lasso di tempo in tale sede preso in esame, è stato sicuramente un netto prevalere del potere esecutivo, e ancor più, per il tramite dei DPCM, della figura del Presidente del Consiglio dei ministri nella gestione dell'emergenza. Se da un lato infatti il decreto-legge è un atto imputabile unitariamente al Governo inteso come organo collegiale in cui il Presidente del Consiglio assolve un ruolo di carattere direttivo e di coordinamento, il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri è un atto a forte caratterizzazione monocratica e dal peso politico maggiore rispetto al decreto ministeriale di un qualsiasi altro ministro, dato che il soggetto da cui promana è proprio il c. d. *primus inter pares* titolare del potere di direzione della politica generale del Governo.

Può risultare interessante chiedersi se questa particolare dinamica dei ruoli, pur collocandosi e dunque giustificandosi all'interno di un contesto *sui generis* come quello

emergenziale, possa essere un *tassello* inserito in un fenomeno più grande di transizione intrasistemica che procede nella direzione di una presidenzializzazione della nostra forma di governo[51]. Procedendo ad una breve analisi degli elementi spia di tale fenomeno, va chiarito che essi si inseriscono all'interno di un arco temporale più che ventennale rinveniente uno dei suoi esempi più risalenti nella pratica d*ella* c. d. reiterazione dei decreti-legge non convertiti (pratica poi sanzionata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 360/1996)[52], o ancora nella elaborazione di leggi elettorali fortemente selettive, in particolare durante gli anni novanta, funzionali alla costituzione di una forma di governo parlamentare maggioritaria, incline ad attribuire al Governo e al suo Primo ministro un ruolo sostanzialmente direttivo dei lavori e del funzionamento del Parlamento[53]. A questi due elementi appena menzionati possono indubbiamente aggiungersi poi determinati mutamenti definibili *ambientali*: in particolare il sempre più alto valore ricoperto dalla politica estera e la crisi dei partiti di massa. Quanto al primo, va chiarito come si assista oggi ad un sostanziale spostamento del baricentro dei processi politico-decisionali fuori dai confini nazionali, determinando così l'espansione del campo di azione del potere esecutivo, individuato tradizionalmente come soggetto protagonista, nella persona del suo vertice, in ambito internazionale e sovranazionale. Riguardo il secondo, va fatto riferimento al processo di trasformazione dei partiti politici, oggi definiti *post-ideologici* o *liquidi* in quanto sganciati da un'identità ideologica precisa e bensì spesso legati da un rapporto quasi *viscerale* con la figura del *leader*, indicato dal partito stesso come possibile guida della compagine governativa ed a ciò legittimato da una sorta di investitura popolare diretta, scevra da un'interposizione partitica[54]. Tutti questi fattori elencati, che invero potrebbero potenzialmente orientare l'interprete a considerare alquanto verosimile l'attuale configurarsi di un processo di presidenzializzazione della nostra forma di governo, sebbene

[51] M. Calamo Specchia, *Dalle transizioni intersistemiche alle transizioni intrasistemiche: verso una osmosi classificatoria dei sistemi parlamentari e dei sistemi presidenziali?*, in *Studi in onore di Giuseppe de Vergottini*, Tomo 2, Assago, Wolters Kluwer, 2015, p. 1012 ss. Si veda altresì I. Ciolli, *La questione del vertice di Palazzo Chigi. Il presidente del Consiglio nella Costituzione repubblicana*, Napoli, Jovene, 2018. Sui processi di concentrazione monocratica del potere di governo, anche nei Paesi a governo parlamentare, si legga comparativamente, in Italia, A. Di Giovine e A. Mastromarino (a cura di), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Torino, Giappichelli, 2008. Sull'adeguamento a tale dinamica del partito e del sistema politico, sempre da noi, M. Calise, *Il partito personale. I due corpi del leader*, Roma – Bari, Laterza, 2010 e *La democrazia del Leader*, ivi, 2016.
[52] G. U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, Zanichelli, 2017, p. 244.
[53] M. Calamo Specchia, *Principio di legalità*, cit., p. 24.
[54] A. Di Giovine, A. Algostino, F. Longo e A. Mastromarino, *Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Milano, Mondadori, 2017, p. 224 ss.

siano stati qui colpevolmente solo passati in rassegna, aiutano tuttavia in questa sede a comprendere come il fenomeno di produzione normativa a questo punto definibile *surrettiziamente* di rango primario realizzato per mezzo dei DPCM nell'emergenza COVID-19 possa dirsi una manifestazione, seppur estrema, di una neanche troppo latente tendenza tutta italiana al travalicamento degli equilibri istituzionali saggiamente delineati dalla Carta costituzionale. Tendenza rispetto alla quale il giurista deve necessariamente porsi come attento osservatore soprattutto nell'ipotesi in cui, come nel caso di specie, essa coinvolga il principio di separazione dei poteri e la garanzia dei diritti, perno del moderno costituzionalismo.

4. Conclusioni.

Il fenomeno pandemico occorso ha comportato e comporterà ancora nel nostro Paese dei rilevanti risvolti sanitari ed economico-sociali ancora difficili da stimare, data la situazione in progressivo divenire. Tuttavia, anche da un punto di vista giuridico-istituzionale esso ha evidenziato alcune fragilità e contraddizioni interne al nostro sistema, dinanzi alle quali però il dibattito pubblico non è rimasto totalmente passivo. Si sono inoltre registrati, nel momento in cui si scrive, tendenziali mutamenti nell'uso dello strumentario giuridico per affrontare l'emergenza da parte della compagine governativa e questo va letto sicuramente con particolare favore[55].

In definitiva, il contesto emergenziale della cui gestione le istituzioni italiane sono protagoniste può costituire da un lato, mediante la ferma attribuzione al Parlamento dell'esclusiva titolarità, seppure eventualmente *ex post*, del potere derogatorio in materia di diritti di libertà, la sede appropriata per implementare l'effettivo rendimento del sistema di *checks and balances*, meticolosamente disegnato dalla nostra Costituzione e tuttavia spesso disatteso nel suo svolgimento concreto ad opera della compagine politica; e dall'altro lato, guardando con le dovute precauzioni le argomentazioni di chi legge in

[55] Si pensi, in ordine cronologico inverso, all'emanazione del decreto-legge n. 34 del 19/05/2020 o ancora all'emanazione del decreto-legge n. 19 del 25/03/2020 il cui testo non contiene più una clausola "in bianco" ma un elenco molto articolato di misure restrittive adottabili mediante DPCM. Sul punto L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza*, cit., p. 36 e *Coronavirus, la normativa vigente* in *www.governo.it*.

chiave dualista l'articolarsi del principio di separazione dei poteri[56], l'opportunità per un miglioramento della collaborazione e del dialogo tra i diversi organi costituzionali.
Lungi da chi scrive negare l'oggettiva ambiziosità della sfida che si propone, l'auspicio in tal senso è che si possano comunque realizzare in maniera sempre più compiuta quei meccanismi di coinvolgimento e concertazione tra Governo e Parlamento nel suo assieme (ossia in costruttivo dialogo con le opposizioni) che, soprattutto in un momento di emergenza nazionale come questo, necessitano di essere accuratamente implementati, accogliendo i moniti in tal senso del Presidente della Repubblica. Un Governo che coniughi dunque immediatezza di intervento e coinvolgimento degli altri attori istituzionali, e un Parlamento, in particolare le opposizioni, in grado di mettere in atto un'azione che sia realmente costruttiva, costituirebbero infatti l'occasione per misurare l'effettivo grado di maturità e di cultura democratica del nostro sistema politico.

Abstract: Muovendo da una breve ricostruzione in chiave evoluzionistica del concetto di costituzionalismo moderno nei suoi tratti fondamentali, il presente saggio si concentra sulla definizione del concetto di *stato di crisi*, valutandone gli effetti potenzialmente derogatori sui principi di separazione dei poteri e di garanzia dei diritti. A questo proposito si analizzano le eventuali conseguenze di ordine giuridico-sistematico relativamente all'uso di poteri normativi eccezionali per la gestione dell'emergenza COVID-19 nel contesto ordinamentale italiano, valutandone i possibili risvolti in un'ottica di transizione intrasistemica della forma di governo parlamentare.

Abstract: Starting from a brief evolutionary analysis of the concept of modern constitutionalism in its fundamental features, the present essay focuses on the definition of the concept of *crisis government* assessing its potentially derogatory effects on the principles of separation of powers and guarantee of rights. In this respect, it is to be analyzed the possible legal and systematic consequences of the use of extraordinary regulatory powers in order to deal with Covid-19 emergency in the Italian legal context, considering the possible implications in a prospective of constitutional transition of the

[56] Il tema è molto complesso; *ex plurimis*, L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, Paris, Sirey, 1924, pp. 643-644; nella dottrina italiana si veda almeno la sintesi che ne offre E. Grosso *Francia*, in P. Carrozza, A. Di Giovine e G.F. Ferrari, *Diritto costituzionale comparato*, Roma – Bari, Laterza, 2009, p. 158 ss.

parliamentary system of government.

Parole chiave: emergenza sanitaria – stato di crisi – diritti fondamentali – forma di governo – transizione costituzionale.

Key words: health emergency – crisis government – fundamental rights – system of government – constitutional transition.

RICORSO "CONDIZIONATO" ALL'*IN HOUSE PROVIDING* E PRINCIPIO DI «*LIBERA AMMINISTRAZIONE DELLE AUTORITÁ PUBBLICHE*»: UNA CONTRADDIZIONE SOLO APPARENTE PER CGUE E CORTE COSTITUZIONALE [*].

di Cosimo Pietro Guarini[**]

Sommario. 1. Struttura capitalistica del mercato, intervento pubblico nell'economia e *in house providing*: cenni introduttivi. – 2. Diritto pubblico europeo dell'economia e principio di *libera amministrazione delle autorità pubbliche*. – 3. Il ricorso *condizionato* all'*in house providing* dal punto di vista di una recente giurisprudenza amministrativa, tra dubbi di legittimità costituzionale e sospetti di incompatibilità eurounitaria. – 4. La risposta della CGUE: nulla di nuovo sotto il cielo stellato dell'Unione. – 5. La posizione della Corte costituzionale nella sentenza n. 100 del 2020: la cedevolezza della regola del *gold plating (...)* – 5.1. *(... Segue)* e la prospettiva concorrenza-centrica. – 6. Brevi osservazioni conclusive.

1. Struttura capitalistica del mercato, intervento pubblico nell'economia e *in house providing*: cenni introduttivi.

Ove mai ci fosse ancora bisogno di rimarcare la dubbia sostenibilità di un modello di sviluppo socio-economico incentrato sulla "naturalità" della struttura capitalistica del mercato[57] nelle economie dei Paesi democratici a più evoluto costituzionalismo[58], la

[*] *Sottoposto a referaggio*. Il presente contributo costituisce una versione più ampia di quello destinato al volume *L'Europa dei tre disincanti*. Liber Amicorum *per Giovanni Cocco*, a cura di P. Carnevale, E. Castorina, G. Grasso e R. Manfrellotti, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021.

[**] Professore associato confermato di Istituzioni di diritto pubblico – Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

[57] Sulla questione del «mercato» nella sua rappresentazione di spazio soggetto ad un ordine *naturale* o, invece, *artificiale* e, rispettivamente, *neutrale* o, invece, *politico*, il rinvio d'obbligo è al contributo di N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998. V. anche A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, spec. pp. 1-12.

[58] Ambito molto approfondito nell'ultimo decennio è quello dell'impatto delle crisi economiche sulle dinamiche del costituzionalismo. Senza pretesa di esaustività, nella letteratura italiana, si rinvia anche per ulteriori e pertinenti riferimenti bibliografici, con posizioni differenti, a M. Luciani, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in *Dir. soc.*, 2011, p. 636 ss.; A. Ruggeri, *Crisi economica e crisi della Costituzione*, in *Consulta on line, Studi*, 21 settembre 2012; G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, 2012; F. Angelini e M. Benvenuti (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Napoli, 2012; F. Angelini, *Costituzione ed economia al tempo della crisi*, in *Rivista AIC*, n. 4/2012; G. Pitruzzella, *Crisi economica e decisioni di Governo*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013, A. Morrone, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo Stato costituzionale in Europa*, in *Quad. cost.*, n. 1/2014, p. 79 ss.;

devastante crisi determinata dal fenomeno pandemico in corso pare aver dissolto molte delle residue resistenze in proposito. Fra queste, neppure quelle più modeste – comunque ancorate alla pervicace idea, come noto, di una *compassionevole* mano invisibile – sono più (così disinvoltamente come un tempo) spendibili nell'attuale clima politico-culturale.

L'evidenza emersa a livello globale è che il ricorso al modello capitalistico non è più così solida garanzia del rafforzamento e dell'ordinata tenuta dei sistemi democratici[59], per quanto un sistema democratico sia ritenuto essere il regime più favorevole all'attecchire e al proliferare di un'economia di mercato[60], quale che sia la variante in cui declinarla[61].

Il circolo vizioso innescato dal crollo sia dell'offerta che della domanda ha accentuato la reale incapacità di assorbire e superare le disuguaglianze[62], di esprimere duraturo potenziale solidaristico tra persone e tra Stati, di garantire una equa redistribuzione delle risorse[63] e un fisiologico contenimento della inesausta richiesta (oggi più che mai) di

E. Olivito, *Crisi economico-finanziaria ed equilibri costituzionali. Qualche spunto a partire dalla lettera della BCE al Governo italiano*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014, F. Gabriele, *Democrazia e potere economico fra dimensione sociale, sussidiarietà e controlimiti*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, p. 1019 ss.; M. Benvenuti, *Democrazia e potere economico*, in *Rivista AIC*, 2018, pp. 252 ss.; G. Di Plinio, *Costituzione economica e vincoli quantitativi. Per un costituzionalismo non keynesiano*, in P. Bilancia (a cura di), *Costituzione economica, integrazione sovranazionale, effetti della globalizzazione*, in *federalismi.it*, n. spec. 5/2019, , p. 103 ss.; G. Comazzetto, *Costituzione, economia, finanza. Appunti sul diritto costituzionale della crisi*, in *Rivista AIC*, n. 4/2019, p. 13 ss.

[59] In questa prospettiva si pensa di poter collocare la (auto)critica al modello capitalista di R.A. Posner, *A failure of capitalism. The crisis of '08 and the descent into depression*, Harvard, 2009, e Id., *The crisis of capitalist democracy*, Harvard, 2010; Id., *After the Blowup*, Intervista in *The New Yorker*, 11 gennaio 2010, 28 s. Più di recente, sul tema, v. S. Gambino, *Stato sociale una forma superata? Alcune riflessioni e qualche interrogativo sui rapporti fra democrazia e potere economico*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, p. 236 ss.

[60] Cfr., tra i tanti, A. Sen, *Development as freedom*, 1999, trad. it. di G. Rigamonti, *Lo sviluppo e la libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia*, Milano, 2001. Sulle complesse dinamiche che si innescano nel rapporto tra livello di democratizzazione dei sistemi politico-istituzionali e crescita economica capitalistica nella globalizzazione v. J.P. Fitoussi, *La démocratie et le marché*, 2004, trad. it. di M. Scotti, *La democrazia e il mercato*, Milano, 2004. Peraltro, con riferimento alla tesi del rapporto bidirezionale tra crescita economica e democratizzazione, palesa qualche perplessità M. Luciani, *La produzione della ricchezza nazionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2008, nt. 42, specie per quanto riguarda la precipua rilevanza di un siffatto circolo virtuoso in società già democratizzate.

[61] Su questo tema la letteratura, anche giuridica, è semplicemente sterminata. Sia consentito rinviare, da ultimo, ai contributi pubblicati in *Rass. dir. pubbl. eur.*, n. 1/2020, e in particolare a quelli di S. D'Acunto, *Appunti per una genealogia del neoliberismo*; G. Luchena, *Economia sociale di mercato*; C. Iannello, *«Impresa», «mercato» e «concorrenza» fondamenti dell'ordine «costituzionale» neoliberale. Le politiche pro-concorrenziali dall'ambito economico a quello sociale*.

[62] Lo evidenziano efficacemente, tra gli altri, J.C. Stiglitz, *The price of inequality. How today's divided society endangers our future*, New York-London, 2012, e J.P. Fitoussi, *Il teorema del lampione. O come mettere fine alla sofferenza sociale*, trad. it. di M.L. Chiesara, Torino, 2013. V., inoltre, A. Cocozza, *Capitalismo, persona e società nel XXI secolo*, in *Amministrazione in cammino*, 5 giugno 2015, e G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, in *Quad. cost.*, 2019, p. 597 ss.

[63] Sulle principali coordinate della questione sia consentito rinviare a C.P. Guarini, *Note in tema di concorrenza e 'giustizia economica' nel processo di integrazione europea*», in F. Gabriele e M.A. Cabiddu (a

soddisfacimento di diritti sociali[64]. L'attuale crisi ha reso palese l'inadeguatezza dell'autoregolazione del mercato quale meccanismo strumentale all'equilibrato sviluppo dei sistemi socio-economici[65], rivelando plasticamente l'insinuarsi sempre più marcato di un rapporto di diretta proporzionalità tra ampiezza della sfera materiale del dispiegamento di politiche liberiste e atrofizzazione delle istanze sociali.

Si potrebbe continuare a lungo, ma non è nell'economia delle presenti note soffermarsi su questi, pur rilevantissimi, temi. Tali premesse sono, semmai, finalizzate a delineare una ipotesi di partenza sulla quale poggiare un dato non (sempre) pacifico: la necessità di uno stabile e permanente intervento pubblico nell'economia a tutela (tempestiva ed effettiva) dei fini sociali (che sono la *suitas*) di uno Stato sociale-rappresentativo. Non solo, dunque, in senso regolamentativo, volto cioè a sanare le storture che il meccanismo libero-concorrenziale può determinare (e spesso determina) sulle dinamiche socio-economiche quando appare evidente che non sia più in grado di assicurare l'adeguata allocazione di risorse e la massimizzazione della funzione di benessere sociale che gli si vuole (più o meno convenzionalmente) attribuire[66]; ma in senso sistemico, cioè immune a variabili ideologiche che collochino la "voglia di Stato"[67] nella temperie culturale di archetipi valoriali ottativi, e in modo diverso rispetto alla mera "reazione scomposta ed emotiva alla crisi dei mercati finanziari ed alla contrazione della domanda [...] ai quali solitamente fa ricorso il capitalismo nei momenti di crisi"[68].

Lo strumentario in dotazione al pubblico potere per governare la tensione tra istanze del mercato e istanze sociali è, invero, decisamente vario. Esso opera (o può operare), in questo

---

cura di), Governance *dell'economia e integrazione europea*, vol. I, *Processi di decisione politica e sovranità economica*, Milano, 2008, p. 85 ss.

[64] Sul punto, diffusamente, M. Benvenuti, (voce) *Diritti sociali*, in *Dig. disc. pubbl.*, *Agg. V*, Torino, 2012, p. 212 ss.; I. Ciolli, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2012, F. Gabriele, *Diritti sociali, unità nazionale e risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione-inattuazione della parte Prima (quella "intoccabile") della Costituzione*, in *Rivista AIC*, n. 3/2013, M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, ai quali si rinvia anche per la letteratura di contesto richiamata. Più di recente, v. G. Grasso, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2016, e i saggi raccolti in P. Bilancia (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento statale e ordinamento europeo*, in *federalismi.it*, n. spec. 4/2018.

[65] V., ampiamente, Z. Bauman, *La ricchezza di pochi avvantaggia tutti. Falso!*, trad. it. di M. Sampaolo, Roma-Bari, 2012.

[66] Sul tema, più di recente, in una letteratura vastissima, O. Pini, *Giurisprudenza costituzionale e statuto dei rapporti economici: «interpretazione adeguatrice» ed evoluzione ordinamentale*, in *Diritti fondamentali*, n. 2/2019, I. De Cesare, *Concorrenza e utilità sociale*, in *federalismi.it*., n. 8/2020, p. 55 ss.

[67] Per dirla con F.E. Santonastaso, *Impresa, società e pubblici poteri. Una perenne "voglia di Stato?*, Roma, 2018.

[68] A. Lucarelli, *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, in AA.VA., Liber amicorum *per Pasquale Costanzo*, *Consulta online*, 7 luglio 2020, p. 9.

senso, con l'intera gamma delle politiche pubbliche ipotizzabili in capo ad autorità politico-rappresentative; con discipline *antitrust* di riequilibrio di ambiti economici soggetti a fallimenti del mercato[69]; con atti e poteri (anche) autoritativi di carattere amministrativo nei rapporti interprivati di un dato settore economico-sociale[70]; con un modello diffuso di organismi *indipendenti* regolatori[71]; con interventi diretti tipici dello Stato imprenditore o con l'introduzione (e l'esercizio) di poteri speciali, quali la *golden power*, dettati da istanze strategiche rinvenienti dall'interesse nazionale propriamente detto[72]. Ma anche, per quanto qui rileva, con la discrezionalità tipica dell'Amministrazione che decide l'individuazione della soluzione migliore per il perseguimento dell'interesse pubblico e/o dei propri fini istituzionali, in termini di buon andamento e di raccordo con l'effettiva condizione delle comunità di riferimento[73]. Quest'ultima si estrinseca pure nella (libera in quanto discrezionale) scelta di *non fare* ricorso ad esternalizzazioni, preferendo moduli di carattere pubblicistico in forma privatistica (meglio: societaria)[74] quando questi, non essendo

[69] Per un inquadramento della disciplina *antitrust* nell'attività di regolazione statale cfr. A. Zito, (voce) *Mercati (regolazione dei)*, in *Enc. dir.*, *Annali III*, Milano, 2010, p. 805 ss.

[70] Per una introduzione al tema v. L. De Lucia, *La regolazione amministrativa nei servizi di pubblica utilità*, Milano, 2002, e, più di recente, P. Lazzara, *La regolazione amministrativa: contenuti e regime*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 337 ss.

[71] La regolazione attraverso autorità indipendenti è stata (e continua ad essere) oggetto di ampio approfondimento. La letteratura è decisamente vasta. Per i necessari riferimenti bibliografici, si consenta di rinviare, in questa sede, a C.P. Guarini, *Contributo allo studio della regolazione 'indipendente' del mercato*, Bari, 2005, e ai più recenti contributi di A. Riviezzo, *Il doppio Stato regolatore. Profili costituzionali, appunti di teoria generale*, Napoli, 2013; M.T.P. Caputi Jambrenghi, *La funzione amministrativa neutrale*, Bari, 2017; C. Iannello (a cura di), *Le autorità indipendenti tra funzione regolativa e* judicial review, Napoli, 2018; F. De Leonardis, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Dir. ec.*, 2018, p. 697 ss.; E. Bruti Liberati, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica, democrazia*, Torino, 2019.

[72] Cfr., di recente, G. Luchena, *Il c.d. decreto liquidità è una minaccia per il liberismo? Brevi note sul "nuovo"* golden power, in *Diritti fondamentali*, 1 maggio 2020; F. Gaspari, *Poteri speciali e regolazione economica tra interesse nazionale e crisi socioeconomica e politica dell'Unione europea*, in *federalismi.it*, n. 16/2020, p. 118 ss.; A. Napolitano, *Il ritorno decisivo dello Stato imprenditore. Dalla nazionalizzazione di Alitalia alla estensione dei c.d.* golden powers, in *Diritto pubblico europeo Rassegna on-line*, n. 2/2020; A. Gemmi, *La* golden power *come potere amministrativo. Primi spunti per uno studio sui poteri speciali e sul loro rafforzamento*, in *P.A Persona e Amministrazione*, *www.ojs.uniurb.it*, n. 1/2020, p. 381 ss.; R. Garofoli, Golden power *e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative, in federalismi.it*, n. 17/2019, P. Maccarone, *Poteri speciali e settori strategici: brevi note sulle recenti novità normative*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2020, p. 121 ss.

[73] Pur con percorso parzialmente diverso da quello qui proposto, a conclusioni simili giunge A. Papa, *Passato e (incerto) futuro delle "nazionalizzazioni" tra dettato costituzionale e principi europei*, in P. Bilancia (a cura di), *Costituzione economica*, cit., p. 153 ss., § 6.

[74] Cfr. già M. Nigro, *Lineamenti generali*, in G. Amato e A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, vol. III, Bologna, 1994, p. 731 ss., secondo il quale la scelta organizzativa per moduli privatistici sostanzialmente amministrativi è conformata necessariamente dall'art. 97 Cost. e attiene alla sfera ordinamentale pubblicistica. Ampiamente su tale questione v. V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011; F. Luciani, *"Pubblico" e "privato" nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, p. 719 ss.; V. Cerulli Irelli, *Diritto pubblico e diritto privato nella pubblica amministrazione (profili generali e costituzionali)*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2016, p. 251 ss.

espressioni di azione pubblica burocratica, consentano di superare "gli effetti talora paralizzanti" di minuziose discipline pro concorrenziali e di mettere in atto "schemi di incentivazione necessari all'accrescimento dell'efficienza sperimentati nel settore privato"[75].

Il riferimento è alle società *in house*, nate all'interno del nostro ordinamento *a rimorchio* dell'introduzione della possibilità di gestire servizi pubblici locali di rilievo economico anche facendo ricorso a forme societarie (per azioni). Tale previsione, contenuta nell'art. 113, co. 4, del d.lgs. n. 267 del 2000 (*Testo unico sulle leggi dell'ordinamento degli enti locali*) – che riproponeva, sostituendolo, il contenuto dell'art. 22 della l. n. 142 del 1990 – collideva, però, con i principi comunitari in tema di tutela della concorrenza lì dove contemplava la possibilità che queste procedessero ad affidamenti senza gara e lì dove non disciplinava la necessità del ricorso all'evidenza pubblica per l'individuazione del socio privato nella società di capitali affidataria della gestione del servizio pubblico. Di qui, al fine di evitare sanzioni derivanti da procedure di infrazione del diritto dell'Unione, dopo la l. n. 448 del 2001, fu adottato il d.l. n. 269 del 2003, il cui art. 14, co. 1, *lett. d)*, nel modificare il co. 4, *lett. a)*, dell'art. 113 del TUEL – relativo alla gestione delle reti – e il co. 5 – relativo all'erogazione del servizio, poi abrogato dall'art. 12, co. 1, *lett. a)*, del d.p.r. n. 168 del 2010 – prevedeva la possibilità che il servizio potesse essere conferito con affidamento diretto a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitassero sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzasse la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici controllanti[76]; prevedeva, cioè, per l'appunto, l'istituto di derivazione comunitaria, ma di matrice più propriamente anglosassone[77], dell'*in house providing*.

L'opportunità offerta dalle implicazioni connesse al massiccio processo di privatizzazioni, da un lato, e la versatilità dello strumento, dall'altro, hanno così favorito la sua capillare diffusione, soprattutto a livello locale. Non indifferente ai fini dell'espansione del

[75] Cfr. G. Napolitano, *Il 'governo' delle società a partecipazione pubblica: regole o istituzioni?*, in R. Garofoli e A. Zoppini (a cura di), *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Molfetta, 2018, p. 15 ss., p. 21.

[76] Per un recente riepilogo delle vicende normative che hanno interessato l'art. 113 del TUEL, cfr. F. Marone, *Commento all'art. 113*, in C. Napoli e N. Pignatelli, *Codice degli enti locali*, 2019, Molfetta, p. 647 ss.

[77] Cfr. P. Rossi, *Le "nuove" società* in house *nella riforma Madia, tra perdurate specialità e transizione al diritto comune*, in *Amministrazione in cammino*, 23 febbraio 2018, p. 2.

fenomeno fu anche la pronuncia n. 325 del 2010 della Corte costituzionale[78] che, tra l'altro, dichiarò l'illegittimità dell'art. 23-*bis*, co. 10, *lett. a*), prima parte, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 e ss.mm.ii., nella parte in cui assoggettava i soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno; orientamento, poi, superato con la sentenza n. 46 del 2013[79].

L'*in house* costituisce, come noto, tutt'oggi uno dei moduli di intervento pubblico nell'economia più utilizzato a livello locale e la forma preponderate nell'articolato fronte di società a partecipazione pubblica, ed è stato declinato nella legislazione vigente – dopo un lungo percorso che ha recepito, seppur con qualche non irrilevante deviazione, la giurisprudenza della CGUE e le direttive UE appalti e concessioni del 2014 di cui si farà più avanti menzione – sia con riferimento all'oggetto (cioè l'affidamento diretto), disciplinato dagli artt. 5 e 192 del d.lgs. n. 50 del 2016 (*Codice dei contratti pubblici*), sia con riferimento al soggetto dell'autoproduzione (cioè la società *in house*), disciplinato nel d.lgs. n. 175 del 2016 (*Testo unico sulle società a partecipazione pubblica*) e ss.mm.ii., come integrato dal d.lgs. *correttivo* n. 100 del 2017[80].

[78] Cfr. i commenti di A. Lucarelli, *Primissime considerazioni a margine della sentenza n. 325 del 2010*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011, R. Caranta, *Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 2011, p. 1176 ss.; F. Costantino, *Servizi locali e concorrenza. A proposito della sent. 325 del 2010*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011.

[79] V., in proposito, D. Immordino, *Incentivi agli enti virtuosi, assoggettamento delle società* in house *al patto di stabilità ed apertura del mercato dei servizi pubblici alle regole concorrenziali*, in *Le Regioni*, n. 4/2013, p. 785 ss.

[80] La necessità dell'adozione del d.lgs. n. 100 del 2017, denominato *Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, recante testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, si impose a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2016 che dichiarò l'illegittimità costituzionale di ampie parti della l. delega n. 124 del 2015 tra le quali, per quanto qui rileva, l'art. 18, lettere *a*), *b*), *c*), *e*), *i*), *l*) e *m*), numeri da 1) a 7), nella parte in cui, in combinato disposto con l'art. 16, commi 1 e 4, della medesima l. n. 124 del 2015, prevedeva che il Governo adottasse i relativi decreti legislativi attuativi previo parere, anziché previa intesa, in sede di Conferenza unificata. La Consulta, però, come noto, non dispose l'illegittimità conseguenziale del TUSPP (e degli altri decreti legislativi già approvati). Circoscrisse, invece, gli effetti della sua pronuncia alle sole disposizioni della legge di delegazione, rinviando il sindacato sulle disposizione dei decreti delegati "interessati" all'eventualità di una loro autonoma impugnazione, dovendosi accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo avrebbe apprestato al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione. Si ritenne che la Corte costituzionale, tra le non meglio definite «*soluzioni correttive*» del vizio rilevato, avesse suggerito al Governo di provvedere, entro dodici mesi, all'adozione di decreti correttivi e/o integrativi come, peraltro, previsto nella stessa l. delega (art. 16, co. 7). In questo senso, tra l'altro, il Consiglio di Stato nel parere del 17 gennaio 2017, n. 83, all'uopo reso. Cfr., *ex multis*, con specifico riferimento al seguito della sentenza *de qua*, R. Bifulco, *L'onda lunga della sentenza n. 251/2016 della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 3/2016, C. Calvieri, *La declaratoria di illegittimità delle deleghe della legge Madia per violazione del principio di leale collaborazione ed i riflessi sul nuovo testo unico delle società a partecipazione pubblica. Ovvero, il complicato intreccio di fili della tela di Penelope... allo specchio*. in *Osservatorio AIC*, n. 1/2017, R. Lugarà, *Sentenze additive di procedura... legislativa? Il problematico seguito della sent. n. 251 del 2016*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017, spec. p. 11 ss.; G. Rivosecchi,

Quale che sia l'angolazione dalla quale si voglia esaminare la sua natura, l'agire pubblico *in house* solleva problemi di contemperamento con la disciplina, eurounitaria e nazionale, posta a tutela del mercato.

2. Diritto pubblico europeo dell'economia e principio di *libera amministrazione delle autorità pubbliche*.

Le forme dell'agire delle autorità pubbliche in deroga al mercato e/o (forse, meglio) *a latere* del ricorso allo stesso è, d'altronde, costruzione ben nota anche al c.d. diritto pubblico europeo dell'economia[81] o, se si preferisce, alla c.d. alla costituzione economica europea[82]. Pare all'uopo sufficiente richiamare alcune disposizioni dei Trattati. L'instaurazione di un mercato interno libero-concorrenziale, ai sensi dell'art. 3, par. 3, TUE – e, quindi, il divieto di pratiche interventiste delle pp.aa. degli Stati membri che rechino loro situazione di privilegio anticompetitivo – è temperata da previsioni che – per quanto non propriamente univoche (si pensi all'ossimorica formula *economia sociale di mercato fortemente competitiva*) – chiamano in causa l'intervento pubblico, anche sulla scorta del principio di neutralità dei regimi proprietari dei gestori di attività economiche[83] (*ex* combinato disposto artt. 106, par. 1, e 345 TFUE). L'art. 51 del TFUE, inoltre, esclude che la disciplina comunitaria sulla libertà di stabilimento sia estesa alle attività che in uno Stato membro «partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri». L'art. 14 del TFUE nel rimarcare «l'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito

---

Sulla riorganizzazione della P.A. la leale collaborazione viene "imposta" nella delegazione legislativa (con indicazione dei possibili rimedi), in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, 2 febbraio 2017; P. Milazzo, *Illegittimità della legge delega (per mancata previsione del corretto modulo di leale collaborazione) e destino dei decreti delegati già approvati. Appunti sulla sentenza n. 251/2016 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2017; M.L. Zuppetta, *Il t.u. sulle partecipate tra declaratoria di illegittimità costituzionale e intervento correttivo. Considerazioni* de iure condendo, in *federalismi.it*, n. 9/2017; G. Crisafi, *Illegittimità conseguenziale delle leggi e discrezionalità. Commento alla sentenza n. 251 del 2016 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2017.

[81] Cfr., in particolare, i contributi al tema di A. Lucarelli raccolti in Id., *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2018, specialmente *Principi costituzionali europei, politiche pubbliche, dimensioni dell'effettività. Per un diritto pubblico europeo dell'economia*, p. 109 ss., e *Il modello sociale ed economico europeo*, p. 119 ss. e, già prima, Id., *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 4645 ss.

[82] Cfr. R. Miccù, *Le trasformazioni della costituzione economica europea: verso un nuovo paradigma?*, in P. Bilancia (a cura di), *Costituzione economica*, cit., p. 27 ss.

[83] Cfr. Corte di giustizia europea, *Anav*, 6 aprile 2006, C-410/04; *Stadt Halle*, 11 gennaio 2005, C-26/03.

dei valori comuni dell'Unione», specifica che gli Stati membri, e l'Unione, «provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti», contemplando, dunque, la libera scelta delle forme di auto-organizzazione delle autorità nazionali, regionali e locali, se funzionale al (miglior) perseguimento (possibile) dell'interesse pubblico e dei propri fini istituzionali (v. anche l'art. 1 dell'annesso protocollo n. 26). Più esplicito in questo verso è l'art. 106, par. 2, TFUE, lì dove è sancito che il ricorso al mercato per la gestione dei suddetti servizi non deve (e non può) ostare «all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata»[84].

In questo contesto si inseriscono le Direttive UE 2014/23 e 2014/24 (cui si accompagna anche la Direttiva 2014/25), le quali rammentano che «nessuna disposizione obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva. La prestazione di servizi sulla base di disposizioni legislative, regolamentari o contratti di lavoro dovrebbe esulare dall'ambito di applicazione della presente direttiva» (*considerando* 5). Nello stesso tempo, coerentemente, viene rimarcato il rilievo eurounitario del principio di auto-organizzazione o, meglio, di «libera amministrazione delle autorità pubbliche» degli Stati membri, espressamente sancito dall'art. 2 della Dir. 2014/23[85]. Ancora più rilevante, a corollario, viene inequivocabilmente espresso l'assunto secondo cui le autorità pubbliche «possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni»[86].

3. Il ricorso *condizionato* all'*in house providing* dal punto di vista di una recente

[84] Per una più ampia e strutturata argomentazione della tesi qui sostenuta, sia consentito rinviare a C.P. Guarini, *Una nuova stagione per l'*in house providing*? L'art. 192, co. 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, tra dubbi di legittimità costituzionale e sospetti di incompatibilità eurounitaria*, in *federalismi.it*, n. 8/2019.

[85] Secondo cui «le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi [...]».

[86] Da leggersi anche alla luce dei *considerando* 5 delle Dirr. UE nn. 2014/23 e 2014/24 che riconoscono e riaffermano «il diritto degli Stati membri e delle autorità pubbliche di decidere le modalità di gestione ritenute più appropriate per l'esecuzione di lavori e la fornitura di servizi. In particolare, la presente direttiva non dovrebbe in alcun modo incidere sulla libertà degli Stati membri e delle autorità pubbliche di eseguire lavori o fornire servizi direttamente al pubblico o di esternalizzare tale fornitura delegandola a terzi [...]».

giurisprudenza amministrativa, tra dubbi di legittimità costituzionale e sospetti di incompatibilità eurounitaria.

Ed è in questa prospettiva che si è posta una parte della giustizia amministrativa *sensibilizzata*, non a torto, dal potenziale innovativo che il principio eurounitario di *libera amministrazione delle autorità pubbliche* – affiancato a quello di sostanziale equivalenza fra le diverse modalità di affidamento e di gestione dei servizi di interesse delle amministrazioni pubbliche – avrebbe potuto avere sulla valutazione del ricorso al tanto vituperato istituto dell'*in house providing*, specie alla luce dell'art. 12, par. 1, Dir. UE 2014/24 («sugli appalti pubblici»)[87], ripreso dall'art. 5 del citato Codice dei contratti pubblici.

Già in passato talune pronunce della giurisprudenza amministrativa[88] e alcune riflessioni di una parte della dottrina[89] avevano inquadrato la produzione *domestica* di beni e servizi come strumento *ordinario*, e non derogatorio, facendo leva sul più genuino apporto costituito dal diritto comunitario, al cui interno l'*in house* è nato, è stato rilevato, esaminato e più volte bilanciato con i principi del mercato e con la regola della concorrenza[90].

[87] Pressoché identici gli artt. 17 Dir. UE 2014/23 («sull'aggiudicazione dei contratti di concessione») e 27 Dir. UE 2014/25 («sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali»).

[88] Cfr., tra le pronunce più recenti, Tar Lombardia, sez. II Brescia, sentenza 17 maggio 2016, n. 690; Id., sez. I, ordinanza 12 luglio 2018, n. 269; Tar Liguria, sez. II, sentenza 8 febbraio 2016, n. 120; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 15 marzo 2016, n. 1034; Id., sentenza 18 luglio 2017, n. 3554; Id., sez. III, sentenza 24 ottobre 2017, n. 4902.

[89] Senza alcuna pretesa di esaustività, in una letteratura davvero molto ampia, cfr. G. Piperata, *La Corte costituzionale, il legislatore regionale ed il modello "a mosaico" della società* in house, in *Le Regioni*, 2009, p. 651 ss.; C. Volpe, *La Corte di Giustizia continua la rifinitura dell'*in house providing. *Ma il diritto interno va in controtendenza*, in *Urb. e appalti*, 2010, p. 43 ss.; M. Libertini, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo e destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in *federalismi.it*, n. 8/2011; F. Trimarchi Banfi, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2012, p. 723 ss.; R. Cavallo Perin, *I servizi pubblici locali: modelli gestionali e destino delle* utilities, in P.R. Portaluri (a cura di), *L'integrazione degli ordinamenti giuridici in Europa*, Napoli, 2014, p. 23 ss.; D. Mone, *Affidamenti in* house providing *a società pubbliche partecipate tra principio di concorrenza e buon andamento della Pubblica Amministrazione: il caso delle società strumentali*, in *Rass. dir. pubbl. eur*., n. 1/2016, p. 151 ss.; C.P. Guarini, *L'*in house *per la produzione di beni e servizi strumentali alla prova del tempo*, in E. Toma (a cura di), *Economia, istituzioni, etica e territorio. Casi di studio ed esperienze a confronto*, Milano, 2018, p. 192 ss.; E. Stanizzi, *Le società* in house, in R. Garofoli e A. Zoppini, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, cit., p. 75 ss., spec. p. 82 ss. Non mancano, peraltro, voci dottrinali difformi o radicalmente opposte. In tal senso, v., tra gli altri, più di recente, F. Vessia, *Le società* in house*: profili concorrenziali*, in C. Ibba e I. Demuro (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2018, p. 229 ss.

[90] Prima che fosse la CGUE a specificarne significato, forma e contenuto, è stato il Libro Bianco dell'11 marzo 1998 a menzionare la formula «*in house providing*» utilizzando la locuzione di «appalto *in house*» per indicare gli appalti «aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione

Tuttavia, con scarsi risultati, considerato che le scelte del legislatore italiano – avallate dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, seppure con qualche rilevante eccezione[91] – ne avevano mortificato, come noto, l'(invero eccessivo e distorto) uso, sanzionandone l'eccezionalità.

In questo scenario, qui solo sommariamente tratteggiato, dapprima il Tar Liguria[92] e poi il Consiglio di Stato[93], seppur con traiettorie differenti, hanno condiviso ciò che, *prima facie*, poteva apparire la spinta ad inaugurare una profonda "rivalutazione"[94], in corso, peraltro, anche in ambiti contigui[95]. Come già desumibile dalla precedente giurisprudenza eurounitaria di contesto, le citate direttive UE, delineano principi e disposizioni suscettibili di collocare l'*in house* "tra le modalità di organizzazione di un servizio anziché tra gli

centrale e locale o, ancora, tra un'amministrazione e una società da questa interamente controllata» (Comunicazione della Commissione europea 11 marzo 1998, n. COM (98) 143, *Gli appalti pubblici nell'Unione europea*). Quanto alla giurisprudenza della Corte di giustizia europea, v. *Teckal*, 18 novembre 1999, C-07/98; *Stadt Halle*, 11 gennaio 2005, C-26/03; *Coname*, 21 luglio 2005, C-231/03; *Parking Brixen*, 13 ottobre 2005, C-458/05; *Mödling*, 10 novembre 2005, C-29/04; *ANAV*, 6 aprile 2006, C-410/04; *Carbotermo*, 11 maggio 2006, C-340/04; *ASEMFO*, 19 aprile 2007, C-295/05; *Termoraggi*, 10 aprile 2008, C-323/07; *Comune di Mantova*, 17 luglio 2008, C-371/05; *Coditel*, 13 novembre 2008, C-324/07; *SEA*, 10.09.2009, C-573/07; *Acoset*, 15.10.2009, C- 196/08; *Econord*, 29 novembre 2012, C-182/11 e C-183/11; *Politecnico di Amburgo*, 8 maggio 2014, C-15/13; *Centro Hospitalar de Setúbal EPE*, 19 giugno 2014, C-574/12; *Comune di Sulmona*, 8 dicembre 2016, C-553/15. Con quest'ultima sentenza, ad opinione di G.F. Ferrari, *La Corte di Giustizia chiude senza novità l'era* Teckal, in *DPCE on line*, n. 2/2017, p. 347 ss., è possibile ritenere concluso il percorso evolutivo in via giurisprudenziale dell'istituto dell'*in house providing*.

[91] V. Corte costituzionale, sentenza n. 199 del 2012 sulla quale *infra* § 5.1 Ma v. anche la sentenza n. 229 del 2013, con la quale fu dichiarata l'illegittimità costituzionale dei commi 1, 2, 3, secondo periodo, 3-*sexies* ed 8 dell'art. 4 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95 (c.d. *Spending review*), convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 135, nella parte in cui si applicano alle regioni ad autonomia ordinaria. Delimitato il campo di applicazione delle disposizioni impugnate alle sole società strumentali – delimitazione ricavata in negativo dai commi 3 e 13 dell'art. 4 indubbiato – alla Consulta, nel bilanciamento tra tutela della concorrenza e autonomia organizzativa (nella specie) delle regioni, una volta di più non apparve irragionevole la compressione legislativa del secondo principio al fine di evitare distorsioni tra operatori privati e operatori pubblici. Ciò che la Consulta sanzionò furono le modalità concrete con le quali il legislatore aveva perseguito tale obiettivo, escludendo la possibilità che, «pur ricorrendo le condizioni prescritte dall'ordinamento dell'UE, le medesime amministrazioni [potessero continuare] ad avvalersi di società in house» (Considerato in diritto, § 9.1).

[92] Con ordinanza 15 novembre 2018, n. 886.

[93] Con ordinanze della Sez. V, 7 gennaio 2019, n. 138, e 14 gennaio 2019, nn. 293 e 296, la prima delle quali annotata da L. Longhi, *L'*in house providing *tra libera autodeterminazione delle amministrazioni pubbliche e principio di concorrenza*, in *Rivista Corte conti*, n. 1/2019, p. 280 ss.

[94] M. Midiri, *Tutela della concorrenza ed equilibrio dei poteri pubblici*, in AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile*, vol. II, *Garanzie dei diritti e qualità dei servizi*, Bologna, 2019, p. 381.

[95] Con riferimento alla gestione dei servizi pubblici locali e al modulo organizzativo dell'azienda speciale v., di recente, Consiglio di Stato, sentenza n. 5444 del 2019, commentata da G. Saltelli, *La concorrenza da principio torna regola. La legittimità dell'azienda speciale come modello "ordinario" di gestione del servizio pubblico: nota a margine della sentenza n. 5444 del 2019 del Consiglio di Stato*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna on-line*, n. 1/2020. Più in generale v., senz'altro, A. Massera, *I servizi pubblici tra regole della concorrenza e responsabilità pubblica*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2019, p. 439 ss.

strumenti di scelta del contraente"[96], in una dimensione estranea all'applicazione del principio concorrenziale semplicemente perché "all'individuazione di una relazione *in house* consegue, come effetto, l'esclusione dall'applicazione delle direttive appalti e concessioni". L'*in house*, dunque, come "linea di confine"[97]. Altrimenti detto, "l'*in house* non comporta una deroga al principio di concorrenza, poiché, quando sussistono i requisiti di tale modulo organizzativo, difetta il presupposto perché questo sia applicato"[98].

Ai giudici amministrativi *de quibus* l'art. 192, co. 2, del Codice dei contratti pubblici è parso porsi contro la ricostruzione appena delineata nella parte in cui dispone oneri motivazionali particolarmente penetranti[99].

Volendo rimanere, in prima battuta, sulla linea interpretativa fatta propria dalla Sezione V del Consiglio di Stato a fondamento dei suoi tre (sostanzialmente identici) rinvii pregiudiziali alla CGUE, aventi ad oggetto giusto appunto il citato art. 192, co. 2, non si può fare a meno di rilevare che, a conclusione di un convincente percorso nell'assetto normativo europeo di contesto, "non si limita a delineare un quadro che pone sullo stesso piano ricorso all'*in house* e ricorso alle procedure di evidenza pubblica ma, addirittura, tende a ribaltare l'assetto consolidatosi negli ultimi tre lustri assumendo che quest'ultimo 'sembra presentare una valenza sussidiaria rispetto al principio della libertà nella scelta del modello gestionale'"[100].

Infatti, «la prima scelta che viene demandata alle amministrazioni è di optare fra il regime di autoproduzione e quello di esternalizzazione (modelli che appaiono collocati dall'ordinamento dell'UE su un piano di equiordinazione) e, solo se si sia optato per il secondo di tali modelli, incomberà sull'amministrazione l'obbligo di operare nel pieno rispetto dell'ulteriore principio della massima concorrenzialità fra gli operatori di

[96] Così F. Tramontana, *I limiti al ricorso all'in house providing tra disciplina nazionale e ordinamento eurounitario. Note a margine dell'ordinanza di rimessione alla CGUE dell'art. 192 del Codice contratti*, in *LexItalia.it*, 16 gennaio 2019, p. 3. Sulla questione già, tra gli altri, M. Antonioli, *L'*in house providing *identifica un modello societario? Antinomie e dissonanze dell'istituto dopo il decreto n. 175/2016*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, n. 3-4/2018, p. 555 ss.

[97] C. Volpe, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'*in house providing*: problemi vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun*., n. 5/2015, p. 1168 ss.

[98] L. Salvato, *Responsabilità degli organi sociali delle società* in house, in *Fallimento*, n. 1/2014, p. 33 ss., p. 46.

[99] Testualmente: «Ai fini dell'affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta».

[100] Così C.P. Guarini, *Una nuova stagione per l'*in house providing*?*, cit., p. 27.

mercato»[101].

Per suo canto, il Tar Liguria pone a fondamento dei dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 192, co. 2, per violazione dell'art. 1, co. 1, *lett. a)* e *lett. eee)*, della legge delega n. 11 del 2016, argomenti non così differenti da quelli che hanno orientato i giudici di Palazzo Spada dal momento che, anche a suo avviso, l'analisi sistematica delle disposizioni e dei principi di contesto dell'ordinamento europeo, Direttive UE 23, 24 e 25 del 2014 incluse, possono far ritenere «definitivamente acquisito il principio che l'*in house providing* non configura affatto ipotesi eccezionale e derogatoria di gestione dei servizi pubblici rispetto all'ordinario espletamento di una procedura di evidenza pubblica, ma costituisce una delle ordinarie forme organizzative di conferimento della titolarità del servizio, la cui individuazione in concreto è rimessa alle amministrazioni, sulla base di un giudizio di mera opportunità e convenienza economica».

4. La risposta della CGUE: nulla di nuovo sotto il cielo stellato dell'Unione.

Ben altra, però, è la storia scritta dalle Corti investite di tali questioni.

Non si può, forse, parlare di un vero e proprio *disincanto* – né quanto alla sua portata, se confrontato con quelli evocati da avvertita dottrina[102], né quanto alla sua capacità di generare disomogeneità nell'ambito dell'Unione – ma è, comunque, almeno nella prospettiva nazionale, un deludente (e discutibile) puntello ad un assetto mercato-centrico che sembra elevare il rispetto del principio concorrenziale a precondizione di ogni scelta economica dell'agire pubblico.

Procedendo per gradi, innanzitutto, sovviene l'ordinanza della CGUE, Sez. IX, 6 febbraio 2020, *Rieco s.p.a.* (C-89/19, C-90/19 e C-91/19). Nel ricordare i tratti salienti che devono

[101] Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, ordinanza 7 gennaio 2019, n. 138. E i Giudici del rinvio incalzano oltre, senza equivoci, affermando che «da parte dell'ordinamento dell'UE gli affidamenti in house (sostanziale forma di autoproduzione) non sembrano posti in una posizione subordinata rispetto agli affidamenti con gara; al contrario, sembrano rappresentare una sorte di prius logico rispetto a qualunque scelta dell'amministrazione pubblica in tema di autoproduzione o esternalizzazione dei servizi di proprio interesse». Precisano, inoltre, che «per l'ordinamento UE da parte di una pubblica amministrazione si possa procedere all'esternalizzazione dell'approvvigionamento di beni, servizi o forniture solo una volta che le vie interne, dell'autoproduzione ovvero dell'internalizzazione, non si dimostrano precorribili o utilmente percorribili» (§ 3.1.4).

[102] G. Cocco, *L'Europa dei tre disincanti*, in *Pol. dir.*, 2000, p. 81 ss.

sussistere perché si possa parlare di *in house providing* (art. 12, Dir. 2014/24)[103] e nel richiamare spesso (quale precedente immediato e diretto) la sentenza *Irgita*, 3 ottobre 2019 (C-285/18), il Giudice di Lussemburgo segue – confermandone il rigore – l'impianto esegetico del Giudice del rinvio, ma non giunge alle medesime conclusioni.

Più in particolare, ricorda che la libertà auto-organizzativa delle autorità pubbliche degli Stati membri deriva inequivocabilmente, dal *considerando* 5, Dirr. 2014/24 e 23, dall'art. 2, par. 1, Dir. 2014/23, e cosa più rilevante, dalla ovvia osservazione che la «libertà di favorire una modalità di prestazione di servizi, di esecuzione di lavori o di approvvigionamento di forniture a scapito di altre [...] viene effettuata in una fase precedente all'aggiudicazione di un appalto e che non può quindi rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/24» (§ 33). Tuttavia, in considerazione del fatto che gli Stati membri incontrano un limite a tale libertà nelle «regole fondamentali del TFUE» (§ 37), arguisce che la libertà in parola non preclude agli Stati membri di «subordinare la conclusione di un'operazione interna all'impossibilità di indire una gara d'appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna» (§ 41). Di qui, dunque, la conclusione che l'art. 12, par. 3, Dir. 2014/24 UE, non osta alla definizione nazionale di un accesso *condizionato* al modulo organizzativo dell'*in house providing*.

Nulla di nuovo, dunque, sotto il cielo stellato dell'Unione. D'altronde, specie in considerazione dell'altissimo numero di società *in house* operanti nello scenario (soprattutto locale) italiano, difficile era immaginare che la CGUE potesse essere artefice di una compressione così rilevante del principio concorrenziale, che rimane pur sempre la pietra d'angolo dell'intero sistema eurounitario.

Commentando il rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato, si ebbe già modo di osservare che, nonostante le valide e circostanziate ragioni poste a suo fondamento, la CGUE non si sarebbe spinta "sino al punto di provocare la disapplicazione o l'invalidità di eventuali disposizioni nazionali che, in effetti, altro non fanno che valorizzare il principio su cui si fonda il mercato comune; tanto più ove esse, per altra via, rispondano a esigenze particolari nazionali e, vieppiù, in Stati nazionali, quale appunto l'Italia, le cui Corti costituzionali hanno sempre ritenuto conforme alle proprie Costituzioni eventuali irrigidimenti regolativi. Si tratterebbe, allora, di censurare la legislazione italiana perché, in definitiva, 'più realista

[103] Ad esso fanno da *pendant* gli identici artt. 17, Dir. UE 2014/23, e 28, Dir. UE 2014/25.

del Re'"[104].

E, in effetti, il Giudice europeo non ha stupito[105]. E per evitare di farlo ha scelto una via che lascia inevaso un quesito di fondo: se intento dichiarato dell'intervento normativo eurounitario era quello di rendere omogenee le diverse procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti che superano un determinato importo (*considerando* 1, Dir. UE 2014/24) – finalità che la decisione in commento della CGUE espressamente richiama (§ 31) – in materia di autoproduzione di beni e servizi in che modo si pensa di raggiungere tale effetto semplicemente facoltizzando gli Stati membri a rimuovere gli eventuali irrigidimenti *domestici*? Qual è l'utilità di imporre loro il recepimento nelle proprie legislazioni di un principio, quello di *libera amministrazione delle autorità pubbliche* – peraltro, già in qualche modo desumibile dai Trattati e dalla precedente giurisprudenza europea di contesto – che esclude la soggezione alla disciplina del mercato di quelle attività che un'autorità pubblica di Stato membro può decidere discrezionalmente di svolgere senza far ricorso all'*outsourcing*, se poi è possibile che, in concreto, nulla cambi al loro interno in ragione dei riconosciuti ampi margini di discrezionalità nazionale, così svuotando, in definitiva, il suddetto principio di gran parte della (o finanche di tutta la) sua portata conformativa?

Il quesito appare tanto meno retorico ove si pensi che, come di recente bene evidenziato, poco prima di pronunciarsi sul rinvio pregiudiziale italiano, a fronte di una analoga questione sollevata dalla Corte suprema di Lituania, la CGUE aveva concluso che «la legislazione dello Stato membro non può limitare *sic et simpliciter* il ricorso all'*in house*, potendo addivenire a una tale deroga della libertà di amministrazione, solo quando essa "non garantisca la qualità, l'accessibilità o la continuità dei servizi forniti"» e si era spinta «fino al punto di indicare quale motivazione possa giustificare una deroga al ricorso all'operazione interna in conformità al diritto europeo»[106].

---

[104] C.P. Guarini, *Una nuova stagione per l'*in house providing*?*, cit., 31. Peraltro, non è certo la sede del rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE quella in cui sperare che emergano disallineamenti 'critici' in materia di concorrenza tra l'ordinamento eurounitario e quello nazionale (cfr., di recente, sul tema F. Donati, *La tutela della concorrenza tra Costituzione e diritto dell'Unione europea. Convergenze e divergenze tra giurisprudenza nazionale e giurisprudenza europea nell'attuazione della disciplina* antitrust, in AA.VV., Liber amicorum *per Pasquale Costanzo, Consulta online*, 27 marzo 2020, pp. 35 ss.).

[105] La scarsa rilevanza nazionale ai fini interpretativi dell'ordinanza *Rieco s.p.a.* della CGUE emerge anche da una pronuncia ad essa successiva del Consiglio di Stato che la ignora (cfr. sentenza n. 3564 del 2020, su cui v. H. Bonura, M. Villani, *Ancora sull'eccezionalità del ricorso all'*in house*: una possibile rilettura alla luce della giurisprudenza più recente*, in *Rivista Corte conti*, n. 3/2020, p. 18 ss., spec. p. 24).

[106] Così M. Passalacqua, *Il regime delle responsabilità nelle società partecipate alla luce del principio*

5. La posizione della Corte costituzionale nella sentenza n. 100 del 2020: la cedevolezza della regola del *gold plating (…)*.

La decisione della CGUE ha l'effetto di indebolire le (già scarse) speranze che potevano essere riposte in un *revirement* del Giudice costituzionale italiano in ordine al proprio orientamento concorrenza-centrico. E, difatti, non manca nella sentenza n. 100 del 2020[107] il richiamo alla *Rieco s.p.a*. al fine di rendere più evidente la non contrarietà della norma censurata ai criteri di delega invocati dal rimettente[108].

La decisione europea, innanzitutto, offre la sponda per dichiarare l'infondatezza del primo dei due vizi invocati dal Tar Liguria, e cioè la violazione del rispetto del criterio richiamato nell'art. 1, comma 1, *lett. a)*, della legge delega n. 11 del 2016, consistente nel «divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie» (c.d. *gold plating*)[109]. Sotto tale profilo, la Corte costituzionale, innanzitutto, esclude che tale regola, per quanto richiamata con enfasi in diversi documenti europei e comunicazioni della Commissione europea[110], possa considerarsi un «principio

---

europeo di neutralità nei rapporti Stato-mercato, in *federalismi.it*, n. 2/2020, p. 161 ss., p. 167, che richiama CGUE, sez. IV, 3 ottobre 2019, C-285/18, *Kauno miesto savivaldybės administracija*. L'Autrice arguisce, poi, che "simile ingerenza nella modalità di esercizio del potere nazionale sembrerebbe essersi potuta consumare in quanto trattasi di una motivazione mutuata dai prìncipi europei della materia desumibili dall'art. 14 del TFUE e annesso protocollo 26 (art. 1), secondo cui i valori comuni dell'Unione con riguardo al settore dei servizi di interesse economico generale comprendono 'un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente'".

[107] Per un commento adesivo alle posizioni della Consulta v. M. Paolelli, *Divieto di* gold plating *e affidamento in* house providing*: costituzionalmente legittima la previsione dell'obbligo per le Stazioni appaltanti di motivare le ragioni del mancato ricorso al mercato*, in *Rivista Corte conti*, n. 3/2020, p. 182 ss.

[108] Cfr. sentenza n. 100 del 2020, *Considerato in diritto*, § 5.1.

[109] Nel nostro ordinamento il divieto di *gold plating* è stato introdotto dall'art. 15, co. 2, *lett. b)*, della l. n. 183 del 2011, con l'inserimento nell'art. 14, l. n. 246 del 2005 dei commi 24-*bis*, *ter* e *quater*. Sull'istituto v., più nel dettaglio, D. Siclari, Gold plating *e nuovi principi di vigilanza regolamentare sui mercati finanziari*, in *Amministrazione in cammino*, 11 ottobre 2007, spec. p. 16 ss.; N. Lupo e G. Perniciaro, *Verso una* better regulation *nella attuazione delle direttive UE?*, in *Gior. dir. amm*., 2013, pp. 828 ss.; P. Mantini, *Divieto di* gold plating *e semplificazione nel recepimento delle direttive su appalti e concessioni*, in *Osservatorio di diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici*, *www.osservatorioappalti.unitn.it*, 2015; E. Ojetti, *Il controllo parlamentare sul* gold plating*. L'esperienza italiana nel quadro europeo*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, 21 marzo 2016.

[110] Cfr., tra i primi, Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, 8 ottobre 2010; Commissione europea, Gruppo ad alto livello sugli oneri amministrativi, «*L'Europa può fare meglio*». *Relazione sulle buone pratiche degli Stati membri per l'attuazione della normativa UE con il minor onere amministrativo*, Varsavia, 15 novembre 2011. Da ultimo, v. Corte dei conti europea, *Il processo legislativo dell'Unione dopo quasi 20 anni di quadro per legiferare meglio*, 30 luglio 2020, § 25, in *www.eca.europa.eu*. Più volte la Corte dei conti europea ha

di diritto comunitario». Essa, tuttavia, è stata recepita dal nostro ordinamento, con l'ambizione di essere un *precetto modale* (quando non un vincolo futuro) per il recepimento delle direttive comunitarie. Secondo la Consulta, però, sul versante interno, deve escludersi che le disposizioni della legge delega assunte a parametro possano riferirsi all'ambito materiale su cui incidono gli aggravamenti previsti dall'art. 192, co., 2, del Codice dei contratti pubblici. Difatti, la *ratio* del divieto di *gold plating* sarebbe «quella di impedire l'introduzione, in via legislativa, di oneri amministrativi e tecnici, ulteriori rispetto a quelli previsti dalla normativa comunitaria, che riducano la concorrenza in danno delle imprese e dei cittadini», mentre «la norma censurata si rivolge all'amministrazione e segue una direttrice proconcorrenziale, in quanto è volta ad allargare il ricorso al mercato»[111].

Ora, questo argomento lascia spazio a qualche perplessità.

Innanzitutto, gli aggravamenti previsti dell'art. 192, co. 2, del Codice dei contratti pubblici sembrano pienamente rientrare nella casistica dei livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie[112]. Il co. 24-*ter* dell'art. 14, l. n. 246 del 2005, come introdotto dall'art. 15, co. 2, *lett. b)*, della l. n. 183 del 2011, infatti, individua come tali: «l'introduzione o il mantenimento di requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive» (*lett. a*), e «l'introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive» (*lett. c*). Per quanto, dunque, la CGUE lasci alla discrezionalità degli Stati l'eventuale previsione di aggravamenti agli affidamenti *in house*, resta il fatto che il legislatore delegato ha operato difformemente dal criterio direttivo di cui all'art. 1, comma 1, *lett. a)* della legge delega senza dare «conto delle circostanze eccezionali, valutate nell'analisi d'impatto della regolamentazione, in relazione alle quali si rende necessario il superamento del livello minimo di regolazione comunitaria», come richiesto dal comma 24-*quater* dell'art. 14, della citata l. n. 246 del 2005 [113]. Vi è da aggiungere, inoltre, che escludere che tali aggravamenti siano oneri tecnici

---

osservato casi in cui la sovra-regolamentazione è avvenuta a scapito della chiarezza per i beneficiari e le pubbliche amministrazioni e ha indebolito i meccanismi posti in essere per ottenere risultati. Ha messo, altresì, in luce il fatto che si dovrebbe ricorrere alla semplificazione per eliminare norme o procedure inutili, anziché consolidare soltanto i codici di norme esistenti (cfr., ad esempio, parere 6/2018).

[111] Così sentenza n. 100 del 2020, *Considerato in diritto*, § 5.

[112] Cfr. anche F.E. Rizzi, *La società* in house: *dalla natura giuridica al riparto di giurisdizione*, in *Società*, 2018, p. 71 ss.

[113] L'Avvocatura dello Stato ritiene che tale obbligo sia stato assolto nella parte in cui l'AIR, tra le principali criticità emerse, indica «il ricorso eccessivo e ingiustificato all'*in house*» (*Ritenuto in fatto*, § 3.1). Altrove si è, invece, cercato di dimostrare come, a parte tale generico riferimento, nell'AIR e nei documenti allegati al

capaci di impattare sui cittadini non sembra pienamente convincente. La scelta di procedere ad un affidamento diretto o, invece, di fare ricorso all'*outsourcing* per la produzione di un servizio reperibile anche sul mercato non è mai indifferente, in via diretta o indiretta, rispetto alla sfera giuridico-soggettiva del cittadino utente (in termini di tariffe, qualità, accessibilità, meccanismi di tutela, ecc.) e neppure si può presumere che la contrazione del ricorso al mercato risulti sempre in suo *danno*[114]. Infine, non inutile, a tal proposito, è ricordare che, per il giudice rimettente, il ricorso all'*in house* è opzione che si pone a monte, quale *libera* (*rectius*: discrezionale) scelta di auto-organizzazione amministrativa, e che, quindi, è proprio l'impatto degli oneri aggiuntivi previsti dell'art. 192, co. 2, del Codice dei contratti pubblici su tale libertà che avrebbe dovuto essere oggetto di puntuale valutazione (e, semmai, di bilanciamento), non derivando in via immediata dall'ordinamento eurounitario alcuna presunzione di preferibilità delle procedure ad evidenza pubblica rispetto al modulo *in house*.

5.1. (… *Segue*) e la prospettiva concorrenza-centrica.

Anche le argomentazioni poste a sostegno dell'infondatezza del secondo dubbio di costituzionalità danno adito a qualche perplessità. Innanzitutto, la Consulta non risponde al quesito del giudice rimettente in ordine alla difficoltà di individuare nella legge delega un criterio che annoveri la possibilità di introdurre irrigidimenti agli affidamenti *in house*. Si limita, piuttosto, a richiamare la propria costante giurisprudenza sui margini di discrezionalità di cui il legislatore delegato dispone, sempre che rispetti la *ratio* della delega e si inserisca in modo coerente nel complessivo quadro normativo di riferimento[115]. E ciò tanto più ove la delega «riguardi interi settori di disciplina o comunque organici complessi normativi», come è tipico di un «Codice»[116].

Codice dei contratti pubblici le condizioni aggiuntive di cui al co. 2 dell'art. 192 non sono adeguatamente motivate (C.P. Guarini, *Una nuova stagione per l'*in house providing*?*, cit., p. 20 s.).

[114] Per una limitazione sistemica del ricorso all'*in house*, v., invece, M. Midiri, *Promozione della concorrenza e sindacato giurisdizionale: le vicende dei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, p. 133 ss., spec. p.156 ss.

[115] Per un approfondimento della tematica e per pertinenti richiami alla giurisprudenza di contesto della Corte costituzionale v. G. Marchetti, *La delegazione legislativa tra Parlamento e Governo: studio sulle recenti trasformazioni del modello costituzionale*, Milano, 2016, spec. p. 275 ss.

[116] Cfr. sentenza n. 100 del 2020, *Considerato in diritto*, § 8.1.

Non è in dubbio che «la norma delegata, in effetti, [sia] espressione di una linea restrittiva del ricorso all'affidamento diretto». Ma la Consulta sembra *assolvere* la disciplina pro concorrenziale più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal diritto eurounitario sulla base di un argomento – cioè quello di evitare il riproporsi di «un abuso nell'utilizzo di tale modulo da parte delle amministrazioni nazionali e locali»[117] – che, se in passato aveva avuto diversi e fondati riscontri, non appare oggi più così attuale all'indomani dell'emanazione del Testo unico sulle società a partecipazione pubblica e dei significativi limiti da questo imposti alla costituzione e/o sopravvivenza di società in *house* (cfr., tra gli altri, gli artt. 4, commi 1 e 4; 5; 14, co. 6; 16; 19, co. 8) che degli affidamenti diretti sono destinatarie.

Né particolarmente convincente appare l'individuazione delle previsioni legislative contemplate nell'elencazione con la quale il Giudice costituzionale intende dimostrare che gli aggravamenti disposti dal legislatore delegato si collocano con coerenza in un complessivo quadro normativo di riferimento che da più di un decennio palesa un approccio particolarmente restrittivo nei confronti del ricorso agli affidamenti *in house*[118]. Tale *selezione* sembra non tenere conto dello specifico contesto in cui le disposizioni restrittive menzionate si sono avvicendate e, soprattutto, delle peculiari finalità che esse hanno inteso perseguire; ulteriori se non diverse rispetto a quella della tutela del mercato libero-concorrenziale.

Tanto vale, in primo luogo, per l'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008 (poi convertito, con modificazioni, in l. n. 133 del 2008), che, come noto, è stato abrogato con referendum; sottoposto a giudizio popolare perché necessariamente connesso alla richiesta referendaria per l'abrogazione dell'art. 154, co. 1, del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (*Codice dell'ambiente*), nella parte in cui faceva riferimento al criterio dell'«adeguatezza della remunerazione del capitale investito» per il servizio di gestione ed erogazione dell'acqua. Che in gioco non ci fosse solo la questione del "diritto all'acqua"[119] fu rimarcato dalla stessa Corte costituzionale che, nella sentenza n. 24 del 2011, all'atto di ammettere il referendum sull'art. 23-*bis*, si espresse con inequivoca chiarezza: la consultazione avrebbe avuto come obiettivo complessivo la rimozione di una disciplina diretta a restringere,

[117] Così sentenza n. 100 del 2020, *Considerato in diritto*, § 9.
[118] Cfr. sentenza n. 100 del 2020, *Considerato in diritto*, § 9.1.
[119] Sul tema la dottrina è davvero sterminata. Si rinvia, *ex plurimis*, più di recente, a C. Iannello, *Il diritto all'acqua. Proprietà collettiva e Costituzione*, Napoli, 2013, e ai numerosi contributi raccolti in S. Staiano (a cura di), *Acqua. Bene pubblico, risorsa non riproducibile, fattore di sviluppo*, Napoli, 2017, e ivi ulteriori richiami alla letteratura di contesto.

rispetto alle regole comunitarie, «le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione in house di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica»[120]. Tale *verso*, difatti, condusse, poi, la Consulta, con la sentenza n. 199 del 2012, a dichiarare l'illegittimità costituzionale delle successive disposizioni che tornavano a marginalizzare l'*in house*[121] per violazione sostanziale del divieto di ripristino della normativa abrogata con referendum, rimarcando che «le poche novità introdotte dall'art. 4 accentuano la drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti diretti dei servizi pubblici locali che la consultazione referendaria aveva inteso escludere»[122]. Poco calzante appare, dunque, richiamare la disposizione *de qua* per rinsaldare, sulla base dello *storico*, una particolare e diffusa enfasi sulla tenuta dell'approccio concorrenza-centrico del legislatore nazionale, invece, ampiamente disatteso, in modo esplicito e diretto, dal corpo elettorale.

Quanto all'art. 34, co. 20, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (convertito, con modificazioni, nella l. n. 221 del 2012), le prescrizioni ivi contenute per disciplinare le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica si rifanno espressamente «ai requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta» e sono disposte «al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea». Ora, diversamente da quanto arguisce la Corte costituzionale, siffatto dinamico rinvio all'ordinamento europeo sembra rafforzare l'idea che l'onere motivazionale ivi contemplato non possa riferirsi all'individuazione delle *ragioni del mancato ricorso prioritario al mercato* dal momento che, ove si verta in tema di affidamenti *in house*, esse paiono ultronee sia per la giurisprudenza della CGUE che per lo stesso regolatore europeo il quale ha dato contezza di ciò all'atto di codificarli nelle Direttive 23, 24 e 25 del 2014[123]. Né decisivo appare

[120] Così sentenza n. 24 del 2011, *Considerato in diritto*, § 5.2. V. in proposito le osservazioni di S. Staiano, *Note sul diritto fondamentale all'acqua. Proprietà del bene, gestione del servizio, ideologie della privatizzazione*, in *federalismi.it*, n. 5/2011, e di A. Lucarelli, *Il servizio idrico integrato in una prospettiva di ridimensionamento della regola della concorrenza*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 288 ss.

[121] Si tratta dell'art. 4, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in l. 14 settembre 2011, n. 148. In senso critico v., già nell'imminenza della conversione del d.l. n. 138 del 2011, S. Staiano, *I servizi pubblici locali nel decreto-legge n. 138 del 2011. Esigenze di stabile regolazione e conflitto ideologico immaginario*, in *federalismi.it*, n. 16/2011, e P. Sabbioni, *Il ripristino della disciplina abrogata con referendum: il caso dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, 18 ottobre 2011. Cfr. anche M. Ruotolo, *Non "ce la chiede l'Europa" e non "la vogliono i cittadini". Brevi note sulla privatizzazione dei servizi pubblici locali*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2012, e M. Della Morte, *Abrogazione referendaria e vincoli al legislatore nella sentenza 199 del 2012*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, 26 settembre 2012.

[122] Così sentenza n. 199 del 2012, *Considerato in diritto*, § 5.2.1.

[123] Rileva correttamente L. Longhi, *L'*in house providing *tra libera autodeterminazione delle amministrazioni pubbliche e principio di concorrenza*, cit., p. 283 s., che "giammai il diritto europeo – cui pure si deve l'introduzione a pieno titolo del principio di concorrenza nel nostro ordinamento – ha anteposto la

invocare a conforto una disposizione mai venuta alla luce, e cioè l'art. 7, co. 3, dello schema di d.lgs. di riforma dei servizi pubblici locali di interesse economico generale, per quanto anch'essa prevedesse che un ente orientato verso un affidamento *in house* (o verso una gestione mediante azienda speciale) avrebbe dovuto rendere conto delle *ragioni del mancato ricorso al mercato*.

La Consulta, infine, menziona l'art. 5, co. 1, del d.lgs. n. 175 del 2016. Ma anche in questo caso è legittimo sollevare qualche dubbio sull'efficacia argomentativa del richiamo. Per quanto la disposizione *de qua*, in effetti, si collochi in una disciplina ispirata ad "una certa diffidenza nei confronti del ricorso al modello societario da parte delle pubbliche amministrazioni"[124], "a ben vedere, risponde tutta alla logica della prevenzione degli abusi"[125] e della razionalizzazione del panorama societario pubblico[126], con finalità innanzitutto di contenimento della spesa pubblica, piuttosto che di tutela della concorrenza che, pure, da tale riordino, trova giovamento. E, difatti, gli oneri di motivazione analitica richiesti dal citato art. 5, co. 1, per la costituzione (anche) delle società *in house*, riguardano solo attività aventi tutte rilevanza pubblicistica e non tipicamente di impresa[127] (*ex* art. 4, co. 4) e sono richiesti solo per evidenziare la necessità del ricorso al modulo societario per il perseguimento delle finalità istituzionali suddette, avuto riguardo alla convenienza economica e alla sostenibilità finanziaria della eventuale scelta organizzativa di gestione diretta del servizio affidato[128]. Non molto di più (e nulla di significativamente diverso), in definitiva, di quanto richiesto dall'ultimo periodo del co. 1 dell'art. 5 (ma, prima ancora,

concorrenza al perseguimento dell'interesse generale".

[124] B.G. Mattarella, *Il riordino delle società a partecipazione pubblica*, in R. Garofoli e A. Zoppini (a cura di), *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, cit., p. 3 ss., p. 8.

[125] *Ibidem*, p. 7.

[126] Cfr., di recente, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, A. Napolitano, *Le prospettive della nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica tra interventi normativi e giurisprudenziali*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna on-line*, n. 1/2017, spec. p. 17 ss., e G. Roma, *Ambiti di intervento delle società pubbliche e piani di razionalizzazione*, in *federalismi.it*, n. spec. 6.

[127] Cfr., sul punto, S. Pignataro, *La disciplina delle partecipazioni pubbliche di cui al T.U. n. 175 del 2016: aspetti di novità, dubbi di costituzionalità e problemi interpretativi sul concetto di "stretta necessità" e sulle ipotesi di deroga al diritto comune*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 2/2018. Autorevole dottrina non manca di osservare che alcune disposizioni del d.lgs. n. 175 del 2016 (cfr., ad es., l'art. 4) si pongono in conflitto con lo stesso principio di libertà di impresa nella misura in cui marginalizzano il modello di impresa pubblica, che è possibile evincere dalla Costituzione e dal Trattato UE, limitandosi a delineare la sopravvivenza della sola «impresa Ente pubblico» (cfr. A. Police, *Corte dei conti e Società pubbliche. Riflessioni critiche a margine di una recente riforma*, Varese, 12 maggio 2017, in *www.giustizia-amministrativa.it*, spec. § 5).

[128] Diffusamente sulla questione, tra gli altri, G.A. Primerano, *Gli oneri di motivazione analitica nel testo unico sulle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. ec.*, n. 3/2018, p. 771 ss.

dall'art. 97 Cost.)[129], e cioè «dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa». Il predetto onere di motivazione, in definitiva, "risulta preordinato ad assicurare la conformità a determinate finalità di interesse pubblico di scelte che incidono su aspetti societari di particolare rilevanza» e gli oneri successivi che comporta «finiscono per rendere trasparenti e sindacabili in sede giurisdizionale anche le ragioni di interesse pubblico che presiedono alla decisione dell'amministrazione pubblica"[130], rifluendo nel più generale principio fondamentale di trasparenza dell'azione amministrativa. Cosa diversa, dunque, da quello che sarebbe, a detta della Consulta, l'*epicentro* assiologico del criterio direttivo dell'art. 1, co. 1, *lett. eee)*, della legge delega, cioè la tutela della concorrenza, cui il legislatore delegato avrebbe dato attuazione con la previsione degli oneri aggiuntivi di motivazione di cui all'art. 192, co. 2, indubbiato[131].

Ad ogni modo, nell'occasione, il Giudice delle leggi conclude limitandosi a ricordare di aver già vagliato la questione di fondo e di aver già rilevato che la vigenza di disposizioni interne più restrittive di quelle eurounitarie nel settore in parola è una scelta del legislatore nazionale non illegittima costituzionalmente. Riflettendosi, dunque, nelle considerazioni della citata ordinanza *Rieco s.p.a.* della CGUE, essa ribadisce l'assunto cui era già giunta nel 2010[132]: «la disciplina proconcorrenziale più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal diritto comunitario, non è da questo imposta – e, dunque, non è costituzionalmente obbligata, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost. – ma neppure si pone in contrasto […] con la citata normativa comunitaria, che, in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri»[133].

6. Brevi osservazioni conclusive.

[129] Per una più ampia argomentazione della tesi qui sostenuta, sia consentito rinviare a C.P. Guarini, *L'*in house *per la produzione di beni e servizi strumentali alla prova del tempo*, cit., p. 217 ss.
[130] A. Maltoni, *Società a partecipazione pubblica e perseguimento di interessi pubblici*, in *Dir. ec.*, n. 2/2019, p. 179 ss., p. 201.
[131] Cfr. sentenza n. 100 del 2020, *Considerato in diritto*, § 8.
[132] Cfr. sentenza n. 325 del 2010, *Considerato in diritto*, § 6.1.
[133] Così sentenza n. 100 del 2020, *Considerato in diritto*, § 9.2.

La Corte costituzionale, dunque, torna a rimarcare che spetta al legislatore bilanciare in concreto l'ampiezza della tutela del mercato con altre istanze di rango costituzionale. Si tratta di una scelta che deve fare la *politica*. Non fa mistero, però, di condividere l'approccio secondo cui, a fronte delle esigenze di tutela rafforzata del ricorso al mercato, quelle «di massima semplificazione e efficienza non possono che risultare recessive»[134]. L'*in house*, pertanto, non assurge a modulo organizzativo ordinario; non è «una normale opzione di base, al pari dell'affidamento a terzi tramite mercato» come il Giudice del rinvio pregiudiziale argomentava[135]. L'*in house providing* non si pone a monte quale *prius* logico della scelta dell'amministrazione pubblica; quale espressione del principio di libera amministrazione. Rimane, invece, strumento eccezionale, derogatorio e il ricorso ad esso deve essere giustificato con oneri aggiuntivi motivazionali che implicano anche gravosi adempimenti istruttori, moltiplicano i passaggi burocratici e rallentano i tempi di risposta e di intervento nella gestione e produzione di beni e servizi[136]. Permane, inoltre, la generale presunzione secondo la quale «le amministrazioni pubbliche non [sono] in grado di provvedere autonomamente solo perché non agiscono nel mercato»[137].

Eppure il disastroso evento pandemico che sta scuotendo le fondamenta dell'organizzazione degli Stati dell'intero globo sembra suggerire il contrario. Il sistema-

[134] In tal senso richiama, e fa proprio, l'argomentare dell'Adunanza della Commissione speciale del Consiglio di Stato, nel parere n. 855 del 1° aprile 2016, relativo allo schema del d.lgs. relativo al Codice dei contratti pubblici, in cui si osserva che «il "divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive" va rettamente interpretato in una prospettiva di riduzione degli "oneri non necessari", e non anche in una prospettiva di abbassamento del livello di quelle garanzie che salvaguardano altri valori costituzionali, in relazione ai quali le esigenze».

[135] Consiglio di Stato, Sez. V, ordinanza 7 gennaio 2019, n. 138, nella quale si legge ancora che «per l'ordinamento UE da parte di una pubblica amministrazione si possa procedere all'esternalizzazione dell'approvvigionamento di beni, servizi o forniture solo una volta che le vie interne, dell'autoproduzione ovvero dell'internalizzazione, non si dimostrano percorribili o utilmente percorribili» (§3.1.4).

[136] Per una posizione intermedia v. le osservazioni di H. Bonura e M. Villani, *Ancora sull'eccezionalità del ricorso all'*in house, cit., p. 22, secondo i quali "il legislatore del codice dei contratti, con il c. 2 dell'art. 192, avrebbe inteso dettare una disciplina di carattere speciale per il solo caso degli affidamenti diretti diversi da quelli che abbiano a oggetto servizi di interesse generale, per i quali rientra tradizionalmente nella potestà organizzatoria delle pubbliche amministrazioni anche il modello dell'auto-produzione, come anche riconosciuto dall'ordinamento europeo». E ancora, «la perimetrazione degli speciali obblighi motivazionali previsti dal c. 2 dell'art. 192 del codice dei contratti ai soli servizi diversi da quelli di interesse generale – non solo darebbe un senso all'espressione letterale (*servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza*) cui ha fatto ricorso il legislatore, ma [...] consentirebbe di fornire una risposta equilibrata all'istanza di tutela della libertà organizzativa delle pubbliche amministrazioni in un'ottica ragionevole e senza interpretazioni che conducano, per tale via, allo svilimento del contenuto degli oneri motivazionali (riducendoli a mero orpello procedimentale) ovvero a non equilibrati ribaltamenti del rapporto tra Unione europea e Stati membri in materia di concorrenza" (p. 25).

[137] ... e che «per superare questa presunzione occorre dimostrare che il mercato, che ha comunque la priorità perché è mercato e non perché qui assicura condizioni migliori dell'autoproduzione, non è in concreto capace di corrispondere appieno all'esigenza di approvvigionamento» (*Ibidem*, § 3.1.6).

mercato semplicemente non è in grado di dare risposte adeguate al susseguirsi ravvicinato di crisi, ancorché di varia natura, che verosimilmente, potrebbero ripetersi e produrre effetti strutturali, anche sul modo di concepire l'attività di indirizzo politico-economico[138]. Sarebbe, forse, il caso che le democrazie molto orientate verso un modello economico libero-concorrenziale si interroghino sulle dinamiche dei paradigmi che hanno "picconato" la natura più genuina dello Stato sociale sul versante dei servizi[139] e sulla loro reale capacità di contrasto delle crisi.

Abstract: Il contributo affronta il tema dei limiti posti dal legislatore nazionale al ricorso all'*in house providing*. Se a livello eurounitario, sussistendo taluni requisiti codificati, l'affidamento in autoproduzione di beni e servizi è considerato potersi utilizzare al di fuori dell'applicazione delle regole dell'evidenza pubblica, quale risultato di una libera scelta organizzativa delle autorità pubbliche, il legislatore italiano adotta, invece, criteri più restrittivi per consentire agli enti interessati di costituire società *in house* e/o di procedere ad affidamenti diretti a queste ultime. Le questioni relative alla legittimità costituzionale degli oneri aggiuntivi di cui all'art. 192, co. 2, d.lgs. n. 50 del 2016, e quelle relative alla loro compatibilità con l'art. 12, par. 3, della Direttiva 2014/24 UE sono state risolte di recente, rispettivamente, dalla Corte costituzionale e dalla CGUE con esiti che suscitano qualche perplessità.

Abstract: This paper is aimed at analyzing the issue of the limits set by the italian legislator on the use of in house providing. Nothing in the Directive 24/2014 UE obliges member States to contract out or externalize the provision of services that they wish to provide themselves or to organise by means other than public contracts within the meaning of this Directive. Issues relating to the constitutional legitimacy of the additional charges pursuant to art. 192, co. 2, d.lgs. n. 50 of 2016 as well as their compatibility with art. 12, par. 3, of Directive 2014/24 EU have been recently resolved, respectively, by the Constitutional Court and the CJEU with results that give rise to some perplexities.

[138] V., in proposito, le riflessioni di G. Bucci, *Dal governo democratico dell'economia alla crisi come dispositivo di governo*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020, p. 353 ss.
[139] In tal senso, già M. Cammelli, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in E. Bruti Liberati e F. Donati (a cura di), *La regolazione dei servizi d'interesse economico generale*, Torino, 2010, p. 127 ss., spec. p. 139.

Parole chiave: *in house providing* – moduli organizzativi della p.a. – modelli di gestione dei servizi di interesse generale – società a partecipazione pubblica – crisi economiche.

Key words: in house providing – contracting authorities – services of general economic interest – public ownership – economic crises.

LE "SUNSET RULES" COME STRUMENTI DI *BETTER REGULATION*. UN POSSIBILE EQUILIBRIO TRA CENTRALITÀ PARLAMENTARE IN PERIODI EMERGENZIALI E OBIETTIVO DI SEMPLIFICAZIONE NORMATIVA [*].

di Armando de Crescenzo[**]

Sommario. 1. Introduzione. – 2. Il fattore *tempo* nell'esercizio della funzione legislativa. – 3. Gli strumenti di *better regulation* (brevi cenni). – 3.1. Segue: *codificazione* e *de-codificazione*. – 3.2. Segue: le *sunset clauses*. Genesi, fondamento e funzionamento. – 4. Conclusioni: le *sunset clauses* nella *prospettiva* degli ordinamenti di *civil law*.

1. Introduzione.

Nell'ambito della proroga ulteriore dello stato di emergenza in Italia fino al 31 gennaio 2021[140], a causa della crisi pandemica prodotta dal Covid-19, numerosi sono gli interrogativi che si pongono sugli effetti che si produrranno non solo a livello economico e sociale, ma anche sulla forma di governo italiana. La pandemia sta colpendo in modo più forte le classi più deboli e sta aumentando la polarizzazione sociale e molti Stati europei stanno dimostrando una certa debolezza di risposta a tali problemi.

Sembra alquanto evidente che lo *stress test* della pandemia, ha fatto emergere i limiti del *welfare State* europeo e ha rimesso in discussione anche i tradizionali strumenti di normazione, primo tra tutti la legge, incapaci (o percepiti come tali dalla classe politica) di poter far fronte a problemi inaspettati e contingenti.

---

[*] *Sottoposto a referaggio*.

[**] Dottore di ricerca (con certificazione aggiuntiva di Doctor Europaeus) in Diritti Umani. Teoria, storia e prassi – Università degli Studi di Napoli "Federico II".

[140] Per come stabilito nel D.L. del 7 ottobre 2020, n. 125, "Misure urgenti connesse con la proroga della dichiarazione dello stato di emergenza epidemiologica da Covid-19 e per la continuità operativa del sistema di allerta Covid, nonché per l'attuazione della direttiva (UE) 2020/739 del 3 giugno 2020".

Una questione accesa nel dibattito costituzionalistico ha, infatti, riguardato il rapporto tra stato di emergenza e sistema delle fonti[141]. Ci si è interrogati, in particolare, sull'opportunità o meno di prevedere una disposizione costituzionale (in analogia a quanto previsto per la deliberazione dello Stato di guerra ex art. 78 Cost.) per dare *copertura* a casi di emergenza interna come previsto in altri Paesi europei (si pensi alla Spagna, Francia o Germania)[142].

In realtà, pur in assenza di un espressa disciplina di rango costituzionale in tema di emergenza, la Costituzione fornisce una cornice entro la quale il legislatore dovrebbe

[141] Sul punto la dottrina ha avuto modo di esprimersi diffusamente. Si richiamano A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, p. 581, secondo il quale è venuta meno «la differenza tra atti di *government* e atti di *governance*, ovvero tra atti di indirizzo politico tesi a fissare principi ed obiettivi ed atti finalizzati alla mera gestione»; S. Staiano, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, 2, n. 2/2020, p. 546, secondo cui "è venuta in luce la questione della lesione delle riserve di legge, a partire da quella dettata in materia di libertà di circolazione, e del principio di legalità, a opera del decreto-legge e delle ordinanze di necessità"; anche A. D'Andrea, *Protezione della salute, restrizioni della libertà personale e caos normativo*, in *Giustizia insieme*, 24 marzo 2020, ha dubitato che la disciplina di rango primario posta a base dei DPCM avesse soddisfatto il requisito della riserva di legge; M. Belletti, *La "confusione" del sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova la gerarchia e legalità*, in *Oss. cost.*, n. 3/20020, p.180, secondo cui "basta una rapida lettura delle norme citate del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, ovvero di quell'impianto che avrebbe dovuto costituire il fondamento giuridico di tutte le normative che sarebbero state adottate per far fronte all'emergenza, per rendersi conto della confusione e dell'approssimazione di quel medesimo impianto, che evidenzia una chiara sottovalutazione del problema sanitario di fondo"; M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, p. 111 ss., che ha ricostruito la "catena normativa" dell'emergenza; B. Caravita, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, n. 6/2020, p. 3 ss.

[142] Con riguardo, in particolare, al sistema francese si richiama, da ultimo, P. Milazzo, *Le fonti del diritto e le diverse risposte ad una emergenza simmetrica: quale lezione francese sul "rendimento" delle clausole di emergenza costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. spec., 2020, pp. 409 ss. Sull'opportunità di inserimento di una espressa "copertura" costituzionale a casi di emergenza, v. S. Prisco e F. Abbondante, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 24 marzo 2020, p. 6, secondo cui sarebbe opportuna "una revisione costituzionale che fissi (integrando gli artt. 77, 78 e 120 della Carta Costituzionale) quello che possa farsi, che non debba farsi e chi debba farlo in situazione di emergenza, andando a comporre il gabinetto di gestione della crisi, che in ogni caso deve ovviamente rispondere in ultima analisi alle assemblee parlamentari e al Presidente della Repubblica, organi la cui azione va collocata all'inizio e alla fine del procedimento, autorizzandolo e seguendone l'applicazione perché non deragli, con le Camere che — ad emergenza finita — devono poi a consuntivo rivisitare il modo in cui la vicenda è stata giuridicamente coperta e sanare eventuali illegittimità *medio tempore* intercorse, che non vi sia stato modo di correggere prima, in ragione del carattere convulso degli eventi e dei rimedi ad essi". Nonché P. Caretti, *I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. spec., 2020, p. 296, secondo cui "avere una disposizione costituzionale relativa a casi emergenziali diversi come quelli dovuti ai rischi per la salute pubblica o una legge ordinaria *ad hoc* come esiste in Francia e in Germania che infatti vi hanno fatto ricorso […] avrebbe potuto utilmente evitare un uso delle fonti che si potrebbe definire disinvolto". In senso diverso si è espressa G. De Minico, *Costituzionalizziamo l'emergenza?*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. spec., 2020, p. 546, per la quale un'eventuale clausola emergenziale "non indispensabile, né inutile, sarebbe invece opportuna per evitare oscillazioni interpretative in merito all'autorità competente a dichiarare l'emergenza, alla tipologia dei poteri e ai relativi limiti".

muoversi[143]. Del resto, da un punto di vista formale, nel corso dell'emergenza sono stati utilizzati (tra gli altri) anche atti di *legislazione materiale*, quali i decreti legge[144].

Ma, ricostruendo l'insieme di tutte le tipologie di atti intervenuti[145] e delle patologie sistemiche registratesi, ci si accorge di come i problemi connessi al governo dell'emergenza abbiano investito anche (e soprattutto) gli equilibri della nostra forma di governo parlamentare.

Infatti l'intervento del governo in «casi straordinari di necessità e urgenza» ex art. 77 Cost. è efficace fintanto che il Parlamento nei successivi sessanta giorni esamini il provvedimento e, qualora lo ritenga opportuno, lo converta in legge (modificandone, se del caso, anche i contenuti). Tale efficacia viene meno se si registrano reiterazioni di decreti legge senza alcun collegamento con situazioni di necessità ed urgenza e se si registrino problemi anche in sede di conversione (come ricostruito in dottrina)[146].

Come sostenuto, infatti, "il decisore politico, avendo disponibile una strumentazione istituzionale adeguata in un quadro costituzionale sufficientemente certo e saldo, ne ha compiuto un impiego solo parzialmente efficiente. E ha pagato il prezzo delle disfunzioni consolidate della forma di governo"[147].

La prospettiva del sistema delle fonti nella disciplina dell'emergenza, infatti, ha messo anche in luce le frizioni che si producono all'interno dell'architettura costituzionale di gran parte dei Paesi membri (non solo nell'ambito dei rapporti tra governo centrale e autonomie territoriali ma anche tra governo e parlamento).

---

[143] Secondo U. De Siervo, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *Osservetorio sulle fonti*, fasc. spec., 2020, p. 310, "il pur sommario esame dello svolgimento effettivo delle scelte istituzionali operate in questa difficile contingenza aiuta a giungere alla conclusione che – malgrado le grandissime difficoltà esistenti e non poche improvvisazioni ed errori – si è giunti ad una innovativa configurazione di un sistema di disciplina delle fonti dinanzi a gravi situazioni emergenziali di natura pandemica. Un sistema sostanzialmente compatibile con il nostro disegno costituzionale".

[144] Sul punto, A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., p. 582.

[145] Decreti legge, decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, ordinanze e circolari. Sul punto anche F. Clementi, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *Oss. Cost.*, n. 3/2020, p. 33 ss.

[146] Cfr. A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto*, cit., nonché, G. L. Conti, *La crisi dello "stato moderno" e l'emergenza pandemica: appunti sul ruolo delle Camere nella lotta contro il coronavirus*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. spec., 2020, pp. 518 ss. che ha analizzato approfonditamente come in periodo emergenziali non siano mancati decreti legge abrogativi di precedenti decreti in corso di conversione, il richiamo, da parte di una legge di conversione, di una disposizione contenuta in un decreto legge non ancora convertito nonché il ruolo del Comitato parlamentare di controllo per la sicurezza pubblica nella conversione dei decreti legge pandemici, in riferimento alla sussistenza o meno di situazione di straordinaria necessità e urgenza in grado di giustificare le limitazioni alle libertà e ai diritti fondamentali.

[147] Così, S. Staiano, *Né modello né sistema*, cit., p. 557.

Si è, tuttavia, opportunamente sottolineato che «lo stato di emergenza che ha scosso la Repubblica in questo faticoso primo semestre del 2020 non mette in crisi la rappresentanza politica e la logica del libero mandato parlamentare: sono in crisi da molto tempo e, probabilmente, questa crisi è giunta a un punto irreversibile, anche se non ha ancora trovato il suo sfogo storico e costituzionale»[148].

Infatti, anche a seguito della recente riduzione del numero dei parlamentari, sembra aumentare quella tendenza generalizzata (nel panorama delle forme di governo europee) ad un rafforzamento degli esecutivi, in danno dei parlamenti[149], dato che ad un ruolo incisivo dei primi (soprattutto in fase emergenziale) sembra non esserne corrisposto uno, altrettanto incisivo, dei secondi[150].

Quali scenari, dunque, si prospettano per fronteggiare eventuali futuri emergenze e, al contempo, guardare oltre le stesse[151]?

Scopo dell'indagine sarà verificare se eventuali strumenti e tecniche di regolazione, mutuati a livello internazionale ed europeo, nonché da tradizioni costituzionali diverse dalla nostra, siano idonee a determinare una centralità del Parlamento anche in periodi emergenziali e (oltre gli stessi) a operare un *riordino* del sistema normativo, la cui eccessiva complessità è ascrivibile ad una ipertrofia legislativa di rango primario, nella maggior parte dei casi, però, promanante dal livello governativo[152]. La funzione legislativa, infatti, per

---

[148] G. L. Conti, *La crisi dello "stato moderno" e l'emergenza pandemica*, cit., p. 519.

[149] Cfr. N. Lupo, *L'europeizzazione delle forme di governo degli Stati membri: la presidenzializzazione derivante da Bruxelles*, in R. Ibrido e N. Lupo (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Bologna, 2018, p. 175 ss; S. Ragone, *Parlamentarismos y crisis económica: afectación de los encajes constitucionales en Italia y Espana*, Barcelona, 2020; L. Cappuccio, *Forma di governo italiana ed integrazione europea: il progressivo rafforzamento del governo*, in *Dir. Pubbl. Eur. Rass. on-line*, n. 1/2020.

[150] Cfr. M.C. Grisolia, *Il rapporto Governo-Parlamento nell'esercizio della funzione normativa durante l'emergenza Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. spec., 2020, p. 598, secondo cui "la domanda è se, a fronte dell'indiscusso ruolo normativo svolto dall'Esecutivo e, per suo conto, dal Presidente del consiglio, abbia corrisposto un ruolo altrettanto incisivo delle Camere. Quest'ultime, chiamate, lo abbiamo visto, non solo al dovuto controllo nei confronti dell'attività del Governo, ma anche all'indispensabile esercizio della loro competenza normativa. Una competenza, certo ridotta per quantità, ma rimasta intatta nella sua funzione primaria, specie in un momento in cui la grave crisi nella quale versava il Paese imponeva la limitazione di alcuni fra i più importanti diritti tutelati dalla nostra Costituzione. A questa domanda sembrerebbe che la risposta non possa che essere negativa".

[151] In termini, soprattutto, di efficienza del sistema amministrativo, riduzione di eccessi monocratici e asimmetrie dell'ordinamento regionale e di efficienza della forma di governo come auspicato da S. Staiano, *Né modello né sistema*, cit., pp. 548 ss.

[152] Si pensi ai problemi legati all'abuso della decretazione d'urgenza, della questione di fiducia, dei maxi-emendamenti. Sui quali si rinvia a A. Celotto, *L'abuso del decreto-legge*, Padova, 1997; nonché, Id., *Uso e abuso della conversione*, in *Federalismi.it*, n. 1/2014; G. Bernabei, *Riflessione critica sulla decretazione d'urgenza*, in *Federalismi.it*, n. 2/2014; R. Calvano (a cura di), *"Legislazione governativa d'urgenza" e crisi*, Napoli, 2015; M. Olivetti, *La questione di fiducia nel sistema parlamentare italiano*, Milano, 1996; C.F.

anni prerogativa privilegiata delle assemblee parlamentari, ha subito una profonda crisi già a partire dalla fine del secolo scorso, tanto per ragioni di carattere *endogeno* quanto *esogeno*[153]. In realtà, già parte della dottrina ha rilevato, più di recente, come le trasformazioni della funzione legislativa si siano registrate (e successivamente amplificate) già a partire dagli anni venti del secolo scorso, "quando in Italia, in Francia, in Germania e nel Regno Unito si verificò un crescente ricorso alla legislazione delegata e in generale l'attribuzione del potere normativo ai Governi"[154].

Di qui, un percorso *involutivo* che ha determinato la predisposizione degli atti legislativi non più in linea con *i canoni tradizionali*, delineando precetti generali ed astratti, e quindi frutto di una volontà legislativa infallibile. Si è, infatti sostenuto che "la tanto celebrata 'età delle leggi' si stava trasformando in un'età della iperproduzione e della inflazione normativa (*Vergesetzlichung des Rechts*)[…]. L'accelerazione nella produzione legislativa generava uno scenario allarmante, nel quale le leggi spesso divenivano niente più che ordini modificabili in base ai cambiamenti repentini della realtà"[155].

Al contempo, l'esercizio della funzione legislativa è mutato parallelamente al modo di concepire il fattore *tempo*. Per meglio chiarire, le tempistiche fisiologiche di *risposta* del diritto ai molteplici e continui bisogni sociali ed economici promananti dalla comunità governata si sono rivelate sempre più insufficienti. Un Parlamento ormai lento e

---

Ferrajoli, *L'abuso della questione di fiducia. Una proposta di razionalizzazione, in Dir. Pubbl.*, n. 2/2008, p. 587 ss.; I.G. Veltri, *Decretazione d'urgenza, maxi-emendamenti e questione di fiducia: profili di costituzionalità di una consolidata ma problematica prassi*, in *Forum Quad. Cost.*, n. 1/2018, p. 35 ss.; D. De Lungo, *Tendenze e prospettive evolutive del maxiemendamento nell'esperienza della XV e della XVI legislatura*, in *Rivista AIC*, n. 3/2013, p. 3 ss; V. Di Porto, *La "problematica prassi" dei maxiemendamenti e il dialogo a distanza tra Corte costituzionale e Comitato per la legislazione*, in V. Lippolis, e N. Lupo (a cura di), *Il Parlamento dopo il referendum costituzionale, Il Filangieri, Quaderno 2015-2016*, Napoli, 2017; N. Lupo, *I maxi-emendamenti e la Corte costituzionale (dopo l'ordinanza n. 17 del 2019)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2019.

[153] Ci si riferisce, con riguardo ai primi, al mutamento che investe la forma di governo parlamentare; in riferimento ai secondi, al processo di integrazione europea e ad una sempre maggiore rilevanza della normativa europea e internazionale. Per approfondire alcuni di questi aspetti si richiama S. Staiano, *Normatività e dintorni. Riflessioni sull'incertezza delle regole da un punto di vista costituzionale*, in *Dir. e Soc.*, n. 4/2015, p. 684 ss., secondo cui: "la prima evidenza dei caratteri specifici della crisi del sistema delle fonti nel tempo attuale: la perdita da parte della Costituzione-norma della capacità di orientare efficacemente le dinamiche dell'ordinamento. Esito, questo che si riconnette a due fattori maggiori: la stagnazione della produzione legislativa di attuazione delle previsioni costituzionali; il consolidarsi di un'entità costituzionale conformata secondo linee di integrazione-competizione tra livelli di produzione normativa (nazionale, sub-nazionale, sovranazionale), nella quale la Costituzione nazionale perde di centralità, per la prevalenza, a vario titolo, della produzione esterna, di rango costituzionale e non […]".

[154] E. Longo, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Torino, 2017, p. 9 ss.

[155] *Ivi*, p. 12; nonché si v. anche C. Schmitt, *La condizione della scienza giuridica europea*, in *Diritto e cultura*, 1995, tr. it. a cura di L. Cimmino, p. 7 ss.

farraginoso non è stato più in grado di rappresentare una sede utile di risposta alla mutevolezza delle istanze sociali. Si è, così, sostenuto che "la sempre maggiore complessità delle società dei nostri tempi, rifluendo anche in una crescente accelerazione del ciclo di emersione e decadenza dei bisogni sociali, finisce per imporre una vieppiù accresciuta rapidità di risposta da parte del legislatore e conseguentemente una sensibile velocizzazione del processo di riproduzione normativa"[156].

A tale mutamento ordinamentale non sono risultati immuni neanche i paesi di *common law* (in particolare, Gran Bretagna e Stati Uniti), in cui si è registrata un'inversione di tendenza per la quale il diritto giurisprudenziale, a base degli stessi, ha registrato una contrazione a favore del diritto scritto di origine parlamentare; fenomeno identificato con la locuzione "*statutorification*"[157].

Si assiste, pertanto, ad un fenomeno inverso che trova un fondamento comune. Da un lato, nei paesi anglosassoni, sembra registrarsi una *contrazione* del diritto di derivazione giurisprudenziale a favore di un maggior intervento parlamentare. Dall'altro, nei paesi di tradizione romano-germanica, ad una riduzione dell'intervento del legislatore, a vantaggio dell'intervento delle corti, volte a supplire le omissioni del primo. Sullo sfondo, un minimo comun denominatore ad entrambi gli ordinamenti: la difficoltà del diritto di "stare al passo" con la molteplicità degli interessi plurali della società, con conseguente torsione delle dinamiche proprie delle rispettive forme di governo.

In particolare, in Italia, i difetti della legislazione, l'eccessiva inflazione legislativa (e conseguenziale stratificazione delle fonti atto, sia di rango primario che secondario), nonché l'abuso della decretazione d'urgenza, si riflettono sull'intero sistema delle fonti, sui rapporti tra organi, sull'attività giurisdizionale e sul principio della certezza del diritto. Ciò fa ritenere che sia superata l'idea ottocentesca-liberale di atto legislativo perfetto e capace di intervenire in qualsiasi settore[158], a favore di un'altra idea che lo identifichi quale atto continuamente perfettibile e incapace di controllare ogni settore efficacemente.

---

[156] Cfr. P. Carnevale, *Riflessioni sul problema dei vincoli all'abrogazione futura: il caso delle leggi contenenti clausole di "sola abrogazione espressa"nella più recente prassi legislativa*, in *Dir. e Soc.*, 1998, pp. 412-413 e E. Longo, E. Longo, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, cit. p. 18.

[157] Il termine è stato coniato da G. Calabrese, *A common law for the age of statutes*, Cambridge (Massachusetts), 1982, p.163; ma è stato analizzato anche da A.J. Wistrich, *The Evolving Temporality of Lawmaking*, in *Conn. Law Rev.*, 2012, p. 373 ss.

[158] Cfr. F. Modugno, *voce Legge in generale (Diritto Costituzionale)*, in *Enc. Giur.*, XXIII, Milano, 1973.

Oggi, dunque, a questi continui cambi di paradigma, e "a questa nuova considerazione strutturale, che vede complessità e contingenze esplodere, l'ordinamento giuridico nel suo complesso reagisce intervenendo sulla "durata" delle fonti. Si inverte il criterio normale: le norme di una legge non sono fatte per durare ma per essere consumate e poi sostituite da disposizioni più efficaci. Un uso delle leggi che diviene in determinati momenti vero e proprio 'consumo' e che finisce per distorcerne le caratteristiche formali e metterne in tensione la capacità del diritto di svolgere la funzione sociale di stabilizzazione delle aspettative"[159].

Pertanto, poste tali premesse, obiettivo della presente indagine, sarà quello di verificare la percorribilità di un'eventuale applicazione di tecniche di normazione proprie di altri sistemi, ma identificate a livello internazionale ed europeo quali strumenti e tecniche di *better regulation*[160], anche all'ordinamento italiano, in una prospettiva che non si limiti solo a favorire un celere intervento parlamentare anche in periodi emergenziali, ma anche per guardare *oltre* gli stessi.

2. Il fattore *tempo* nell'esercizio della funzione legislativa.

Diritto e tempo, quest'ultimo inteso quale fattore che trascina l'evoluzione delle cose[161], sono sempre stati in stretta correlazione. Non a caso, alle regole del diritto si è spesso pensato come regole eterne. In particolare, nei paesi di tradizione romano-germanica si è sempre pensato alla legge, finché in vigore, come atto rivolto al futuro nella sua interezza. Il diritto, pertanto, cerca di intervenire sul tempo ma, al contempo, è influenzato dallo stesso. Esistono *tempi* diversi per il diritto in base alle contingenze e ai bisogni di una comunità data. Vi è un tempo nel quale l'intervento del diritto può conciliarsi con la ricerca di una sintesi di interessi contrapposti che possano addivenire a regole nell'interesse

[159] Così, E. Longo, cit., p. 21.
[160] Per una ricostruzione più recente, L. Di Majo, *La qualità della legislazione tra regole e garanzie*, Napoli, 2019, p. 15 ss. Nonché, sui problemi connessi alle tecniche di normazione nel contesto della crisi epidemiologica, Id., *La tecnica normativa nel contesto della crisi epidemiologica da Covid-19*, in *Diritti Regionali*, n. 2/2020, p. 141 ss.
[161] Da intendersi, in primo luogo, e nella sua accezione più ampia quale «intuizione e rappresentazione della modalità con cui i singoli eventi si susseguono e sono in rapporto l'uno con l'altro, vista o come fattore che trascina l'evoluzione delle cose o come scansione ciclica e periodica, a seconda che si enfatizzino l'irreversibilità delle vicende umane o il ricorrere di eventi astronomici». Questa la definizione del dizionario Treccani, consultabile al sito https://www.treccani.it/enciclopedia/tempo/#scienzesociali-1.

generale dei consociati; così come vi è un tempo nel quale è richiesto che la regola giuridica debba intervenire per far fronte ad eventi imponderati.

Di qui il difficile rapporto della scienza giuridica con la varia fenomenologia delle norme temporanee[162].

La dimensione temporale del diritto, però, (ovvero il legame tra tempo e diritto) non si esaurisce nel momento della sua produzione, ma acquista maggiore rilevanza nel momento della sua applicazione[163].

In tal senso diviene importante distinguere tra validità, efficacia ed (opportunità di) abrogazione della norma giuridica, in quanto collegate imprescindibilmente alla nozione di *tempo*. Come efficacemente sottolineato, "[…]esistenza, validità, efficacia (e, specularmente, inesistenza, invalidità, inefficacia) – nonché i trattamenti giuridici propri di ciascuna condizione – sono nozioni legate da un rapporto di priorità (e 'posteriorità') logica; descrivono le norme dal punto di vista della loro 'dimensione temporale', come se, attraverso esse, le norme giuridiche fossero temporalmente scandite, come se, attraverso esse, fosse possibile 'esercitare un potere sul tempo', e reciprocamente il tempo potesse esercitare potere sulle norme (ovviamente dal punto di vista giuridico)"[164]. Non a caso, "sia le categorie che derivano dalla priorità logica delle fonti sulla produzione o dalla loro superiorità gerarchica, sia quelle che derivano dalla fisiologica inesauribilità delle fonti di produzione, in realtà, cercano di controllare il flusso delle norme nel tempo […]"[165].

Sebbene l'idea di permanenza sembri tradizionalmente associata alla legislazione, il diritto è inevitabilmente vincolato al *fattore* tempo.

Ai fini della trattazione si sottolinea che tale rapporto consente di analizzare diversi aspetti propri della dinamica delle forme di governo parlamentari e del diritto costituzionale in generale.

Da un lato, lo scollamento tra *tempo* e *società* può essere causato dal rifiuto di accettare l'evoluzione o le mutate circostanze, o, dall'altro lato, della *rottura*. Il diritto e le sue istituzioni sono il risultato di cambiamenti incrementali e profonde transizioni. Se la legge

---

[162] Per una prospettiva da un punto di vista del diritto privato, si richiamano le considerazioni espresse da D. Carusi, *La legge e il tempo: eccezionalità e transitorietà*, in *Rass. Dir. Civ.*, n. 2/2013, pp. 325-334.

[163] Cfr., con riguardo in particolare ai periodi di emergenza C. Acocella, *Spigolature sulle dimensioni del tempo nella stagione dell'emergenza da Covid-19*, in *Nomos*, 2, 2020.

[164] V. Marcenò, *La legge abrogata. Esistenza, validità, efficacia*, Torino, 2013, p. 4; nonché cfr. anche G.U. Rescigno, *Reviviscenza di disposizioni giuridiche e referendum abrogativo*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2011, pp. 715 ss.

[165] V. Marcenò, *La legge abrogata. Esistenza, validità, efficacia*, cit., p. 4.

non è in grado di avanzare al ritmo della società, della tecnologia e dell'economia, la legge è destinata a perdere gradualmente effetto.

Il necessario rapporto che intercorre, dunque, tra legge e tempo dovrebbe riflettere un equilibrio tra continuità, evoluzione e rottura. Ciò è particolarmente accentuato in tempi di crisi, poiché fenomeni temporanei come le guerre, le crisi sanitarie, l'instabilità economica o gli sconvolgimenti politici richiedono solitamente misure legislative temporanee ed eccezionali. Il cambiamento dello *status quo* può essere temporaneo in queste ultime situazioni, ma può anche diventare permanente[166].

Di qui la necessità che il legislatore riesca a individuare gli effettivi *benefici* di un intervento di legge. Determinare se i benefici di una norma saranno effettivamente prodotti o meno rappresenta senza dubbio un'altra dimensione del rapporto tra il tempo e la legge.

Nei tempi recenti si assiste, così, ad un atteggiamento *ambivalente* del legislatore: da una parte si usano sempre più le clausole generali nell'ambito delle norme di legge, dall'altro si rinvia alla determinazione periodica di organismi tecnici la decisione di numerosi settori, con problemi molto ampi legati alla incapacità di questi enti di assicurare legittimazione e imparzialità; non a caso, in dottrina c'è chi ha parlato, relativamente alle problematiche legate alla produzione normativa, di "legge precaria"[167].

Legato al paradigma della *legge precaria* e mutevole, pertanto non più idonea a proiettarsi in un tempo potenzialmente indefinito, vi è un ulteriore fenomeno mutuato principalmente dalla tradizione giuridica anglosassone: si tratta dell'emanazione di disposizioni di legge (o intere leggi) con clausole di revisione, dunque "con il mandato al legislatore di ritornare sulle proprie determinazioni e aggiornarle secondo una scadenza prefissata"[168].

Si tratta delle cd. *sunset clauses*, rientrati nella più ampia categoria degli strumenti e tecniche di normazione (cd. tecniche di *better regulation*) per come individuate a livello

---

[166] Cfr. A. Kouroutakis e S. Ranchordas, *Snoozing democracy: Sunset clauses, de-juridification, and emergencies*, in *Minnesota Journal of International Law*, n. 1/2016, pp. 29-78; nonché, G. De Minico, *Costituzionalizziamo l'emergenza?*, cit., p. 562, secondo cui diviene fondamentale l'intervento del parlamento non solo nel governo dell'emergenza, ma anche in periodo di *normalizzazione*. "Se l'obiettivo dell'Esecutivo è stabilizzare l'emergenza, ossia rendere permanente ciò che dovrebbe essere precario, è indispensabile il consenso delle minoranze, il cui assenso deve crescere man mano che l'emergenza esce dalla temporaneità per avvicinarsi al paradigma della definitività. Quindi, compiere questa conversione causale della fattispecie emergenza – in un'espressione normalizzare lo stato d'eccezione, evento comunque sconsigliabile per la sua pericolosità – richiede una consapevolezza e un'aggregazione di consensi ben più ampie di quelle sufficienti a sostenere un Governo".

[167] Cfr. E. Longo, *La legge precaria*, cit., p. 21.

[168] Ibidem.

internazionale (in particolare dall'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico – d'ora in avanti OCSE) e recepite a livello europeo.

Scopo dei paragrafi che seguiranno, infatti, sarà quello di indagare sulla possibile applicazione di questo strumento di *better regulation* anche nell'ordinamento italiano e, in particolare, in periodi emergenziale (anche al fine di prevedere un maggiore coinvolgimento parlamentare nella regolazione degli stessi).

3. Gli strumenti di *better regulation* (brevi cenni).

Con la locuzione strumenti e tecniche di *better regulation*, infatti, si è soliti riferirsi a tecniche e metodi per produrre regole *migliIori* (o per intervenire virtuosamente su quelle esistenti); non solo al livello nazionale, europeo e internazionale ma anche con riferimento alla regolazione della autorità indipendenti.

Non a caso, diverse sono le prospettive attraverso cui si sono affrontati gli studi della qualità della normazione, anche a livello europeo. C'è chi, ha diffusamente trattato il quadro normativo e giurisprudenziale a livello europeo in tema di qualità della regolazione, chi, l'impatto che tali strumenti hanno sulla produzione normativa nazionale[169].

Al fine di coglierne l'importanza, è opportuno analizzare quali siano i benefici di una migliore qualità regolatoria.

In primo luogo, c'è chi ritiene che vi sia una correlazione tra tecniche di normazione (volte a raggiungere, per quanto possibile, una regolamentazione efficiente) e crescita economica[170]. Si è infatti sostenuto che "la relazione tra regolamentazione efficiente e crescita economica di un paese è da tempo oggetto di studio degli economisti prima e dei cd. 'giuseconomisti' poi. Solo negli ultimi anni, però, la rilevanza del tema è assurta al

[169] Per una compiuta ricostruzione, seppur risalente, si richiama A. Cardone, *La qualità della normazione nella prospettiva dell'integrazione costituzionale europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2008, nonché, più di recente (seppur in prospettive diverse), M. Picchi, *La qualità della normazione in Italia secondo l'OCSE*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2012; B. Vimercati, *La better regulation come strumento politica dell'integrazione regionale nel federalizing process europeo*, in *Federalismi.it*, n. 7/2018; F. Dal Canto, *Governo vs Parlamento? Evoluzioni del potere di normazione al tempo della crisi economica: atti normativi del Governo e qualità della normazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2016, pp. 1-21; S. Sbordoni, *AIR e VIR: strumenti di implementazione della qualità della normazione*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, n. 2/2018, pp. 93-104.

[170] Sulla connessione tra qualità normativa e crescita economica, M. Picchi, *La qualità della normazione in Italia secondo l'OCSE*, cit.

livello di politica di governo di un Paese"[171].

La prima organizzazione internazionale ad occuparsi dei problemi di regolazione è stata l'OCSE, che ha istituito un gruppo di lavoro *ad hoc* sulla *Regulatory Reform*. I temi della qualità della regolamentazione, ovvero della *better regulation*, introdotti a livello internazionale dalla Raccomandazione sul miglioramento della qualità della regolamentazione del Consiglio dell'OCSE del 9 marzo 1995, sono entrati nel tempo parte integrante delle strategie delle istituzioni dell'Unione europea, su spinta soprattutto dei Paesi membri e della giurisprudenza europea[172], nella convinzione che una regolazione non qualitativamente idonea potesse incidere in modo negativo non solo sulla certezza del diritto, ma anche sull'osservanza degli stessi precetti giuridici, dunque sul momento applicativo della normazione, nonché (e non per minore importanza) anche sullo sviluppo economico di uno Stato[173].

Nell'ambito della dimensione europea, l'interesse verso i problemi di qualità della normazione e agli strumenti di tecnica legislativa si sono manifestate sempre di più fino a determinare la costruzione di una *cultura di buona legislazione* intesa quale "processo comune a tutte le istituzioni europee e agli Stati membri e legata ad un ciclo di iniziative e di interventi non isolati o sporadici, ma che seguono l'attività legislativa dalla fase iniziale di ideazione e progettazione alle fasi di attuazione, implementazione e verifica dei risultati realizzati, in un contesto di accresciuta trasparenza e responsabilizzazione e di maggiore coinvolgimento dei soggetti portatori di interessi e dei cittadini, sostenuto dalla diffusione dell'utilizzo della rete"[174].

In questo senso, ogni atto normativo oltre ad essere redatto in modo chiaro, univoco e semplice (con particolare attenzione al linguaggio utilizzato) va anche adottato sulla base della consapevolezza degli effetti che andrà a produrre sui destinatari (intesi in senso ampio: cittadini, imprese, pp.aa., o, più in generale, ordinamento giuridico).

Inoltre, l'attenzione alla qualità della normazione, rileva non solo nella fase di produzione

---

[171] Così, L. Carbone, *Qualità della regolazione e competitività: ricette diverse ma ingredienti comuni*, in *www.astridonline.it*, 26 gennaio 2007, p. 2.

[172] Cfr. A. Cardone, *La qualità della normazione nella prospettiva dell'integrazione costituzionale europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2008 pp. 13 ss., nonché, per una disamina delle principali evoluzioni avvenute anche dopo il 2015 in tale ambito, L. Di Majo, *La qualità della legislazione tra regole e garanzie*, cit., p. 38 ss.

[173] Cfr. Senato della Repubblica, *Better regulation for better results. Momenti, soggetti e obiettivi delle politiche europee per la qualità della regolamentazione*, Ufficio valutazione impatto, giugno 2015.

[174] Ivi, p. 44.

stessa, quanto anche di implementazione e attuazione. In particolare attraverso una verifica degli effetti e risultati prodotti e alla possibilità di nuovi o diversi interventi (di modifica, integrazione o cessazione dell'efficacia); "in tal modo, il ciclo della regolamentazione viene a porsi come un vero e proprio circolo virtuoso della produzione normativa"[175].

Tendenzialmente, infatti, è possibile ricondurre le ragioni di una ipertrofia legislativa a diversi fattori: abitudine, controllo (dal momento che il legislatore presume che l'introduzione di un atto normativo determini un controllo di un settore), ragioni mediatiche.

Da queste ragioni ne discendono una serie di problemi legati ad una normazione poco efficiente ed efficace riassumibile in: inflazione regolatoria (*Regulatory inflation*), da cui discende il problema della certezza del diritto, ovvero incertezza sulla regola vigente. Inquinamento regolatorio (*Regulatory pollution*), che determina la presenza di norme tra di loro contraddittorie e, dunque, antinomiche, da cui ne discende anche una scarsa chiarezza linguistica (perché alcune norme sono frutto di compromesso politico/mediatico) e rapida obsolescenza. Infine, norme che producono costi (*Regulatory Costs*): in senso di tempo, fatica, attività non necessarie riconnesse ad un determinato intervento legislativo[176].

Vi è, dunque, da chiedersi quali possano essere le soluzioni volti ad evitare questi esempi di cattiva regolazione e quanto nuovi strumenti di qualità normativa possano efficacemente essere utilizzati.

Tra i principali strumenti di di *better regulation* è possibile richiamare i testi unici, la *decodificazione*, la *regulatory review* (ovvero un modello di verifica sistematica, dopo un certo numero di anni, della permanente utilità delle norme), l'utilizzo di *sunset clauses* e l'Analisi di Impatto della Regolazione (AIR)[177].

Per ragioni di economia espositiva ci si concentrerà principalmente sulla cd. *decodificazione* poiché funzionale ad introdurre l'ulteriore strumento delle clausole abrogative di legge.

---

[175] Ivi, p. 45.

[176] Cfr. L. Carbone, *La qualità della normazione nella prospettiva dell'integrazione costituzionale europea*, cit., *passim*.

[177] Sul punto cfr. E. Cavalieri e E. Chiti, *L'analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione*, Annuario 2016, Associazione Osservatorio AIR, Roma, 2017, in www.*osservatorioair*.it; A. La Spina e E. Espa, *Analisi e valutazione delle politiche pubbliche*, Bologna, 2011, p. 127 ss. e 309 ss.

3.1. *Codificazione* e *decodificazione*.

Come sottolineato in precedenza, oggi viviamo in un mondo di regole, di diritti e di istituzioni nazionali e sovranazionali che determinano in parte molti nostri comportamenti. Il termine *codificazione* indica, come sottolineato in dottrina, la volontà del legislatore di intervenire nel regolare quanto più ambiti possibili della vita dei consociati[178].

È noto, tuttavia, che l'ipertrofia legislativa non sempre è sinonimo di maggiori garanzie e diritti, così come, di converso, non è agevole dimostrare il contrario.

Il termine codificazione si riferisce principalmente al rapporto tra stato e società e, più in particolare, alla moderna proliferazione delle leggi. Questa espansione del ruolo del diritto a diversi settori della società che sono rimasti, per un certo numero di anni, non regolamentati è stata particolarmente visibile negli ultimi tempi[179]. Il risultato è stato che i legislatori hanno emanato più regole soprattutto in termini quantitativi[180]. In altri termini, questa tendenza ad ampliare il campo di applicazione del diritto, è connessa a tutte quelle situazioni nelle quali il legislatore formale e/o il giudice diventano competenti in situazioni in cui prima non lo erano[181].

Queste differenze negli effetti percepiti della codificazione possono influenzare i limiti di ciò che dovrebbe e non dovrebbe essere oggetto di una minore regolazione.

La codificazione è stata definita da una parte della dottrina come il processo attraverso il quale lo Stato interviene in ambiti della vita sociale (ad esempio, relazioni industriali, istruzione, famiglia, assistenza sociale, commercio) in modi che limitano l'autonomia degli individui o dei gruppi per determinare i propri affari[182]. D'altro canto, non si è mancato di rilevare che il ruolo crescente del diritto limita l'autonomia individuale[183]. Probabilmente, la percezione di un'eccessiva limitazione dell'autonomia individuale ha conferito un significato negativo alla parola codificazione. Per tali motivi, tra gli strumenti e le tecniche

---

[178] A. Kouroutakis e S. Ranchordas, *Snoozing democracy: Sunset clauses, de-juridification, and emergencies*, in *Minnesota Journal of International Law*, cit., p. 39.
[179] Cfr. A. Edgar, *The philosophy of Habermas*, Cardiff, 2005.
[180] Ivi, p. 251.
[181] Ivi, p. 43.
[182] A. Kouroutakis e S. Ranchordas, *Snoozing democracy: Sunset clauses, de-juridification, and emergencies*, in *Minnesota Journal of International Law*, cit., p. 43.
[183] Come sottolineato da R. A. Kagan, *Introduction*, in P. Nonet e P. Selznick, *Law and Society in Transition*, London, 2009, pp. VII-VIII: "per alcuni, il diritto è innanzitutto un modo di repressione […], che in realtà protegge e legittima le gerarchie politiche e sociali esistenti. Per altri, al contrario, il diritto è uno strumento di liberazione e progresso sociale, un ambito in cui i coraggiosi contendenti e giudici possono sottoporre le preferenze e i pregiudizi dei potenti (o delle maggioranze politiche egoistiche) ai vincoli della ragione e della giustizia […]" (mia la traduzione).

di *better regulation* figura anche la cd. *de-codificazione*, sia per evitare eccessivi appesantimenti procedimentali da un punto di vista burocratico, sia per rimuovere gli ostacoli ad un rapido processo decisionale, soprattutto in fasi *emergenziali*.

La tendenza alla *de-codificazione* (intesa nel senso di garantire meno regole) in risposta ai continui cambiamenti dei bisogni della società potrebbe risultare oggi ancor più necessaria. Il concetto di *de-codificazione* è spesso menzionato in letteratura, ma raramente definito. Sicuramente esso non va confuso con il termine *de-regolamentazione*, che in genere si riferisce alla rimozione dei controlli normativi governativi in determinati settori[184]. Dunque, mentre la codificazione si riferisce alla crescita patologica degli ambiti di intervento del diritto, la de-codificazione riflette la sua riduzione, che può essere tradotta in meno procedure e regole, ma non necessariamente postulando una totale astensione dello Stato dall'intervenire normativamente.

A prima vista, questo termine sembra suggerire *meno regole*, che potrebbero evocare un elemento positivo in un panorama ordinamentale che vanta migliaia di regole inutili e per il quale sono stati introdotti strumenti che possano incidere sulla qualità della normazione. Si è sottolineato in dottrina, però, che la de-codificazione può concretizzarsi anche in aspetti diversi, tra i quali si menziona una *de-formalizzazione* del diritto (ad esempio, attraverso l'espansione dei processi di privatizzazione) e un affievolimento del principio di separazione dei poteri in un sistema multilivello, attraverso un maggiore decentramento del potere[185].

Nei significati appena richiamati, però, interventi volti a ridurre il numero di leggi nell'ordinamento non comporterebbero (dal punto di vista del diritto costituzionale nazionale) effetti positivi, risultando, al contrario, maggiormente involutivi in un contesto già fortemente sottoposto a mutamenti nell'ambito della forma di governo e i rapporti tra legislativo ed esecutivo.

Bisogna, dunque, chiedersi quali strumenti siano effettivamente idonei ad ottenere un giusto *contemperamento* tra esigenze di *de-codificazione* e aspetti positivi della codificazione. Le *sunset clauses* sembrerebbero rappresentare un utile strumento per raggiungere questo contemperamento, soprattutto in periodi emergenziali.

---

[184] G. Majone, *Deregulation or re-regulation?: Regulatory Reforms in Europe and the United States*, New York, 1990.

[185] A. Kouroutakis, S. Ranchordas, cit., *Snoozing democracy: Sunset clauses, de-juridification, and emergencies*, in *Minnesota Journal of International Law*, p. 46.

3.2 Segue: le *sunset clauses*. Genesi, fondamento e funzionamento.

Con il termine *sunset clauses*, traducibile in italiano con la locuzione *clausole di decadenza o clausole abrogative*, si fa riferimento "ad una clausola di legge che prevede che una determinata disposizione (o un intero atto) debba automaticamente perdere di efficacia in una data già preventivamente indicata, a meno che non sia "ri-autorizzata" dal legislatore"[186].

La nascita di questa tipologia di clausole è connessa alla necessità di individuare uno strumento tecnico-valutativo volto a migliorare l'*accountability* degli organi di governo[187]. Tale istituto produce prevalentemente due effetti importanti: se manca l'autorizzazione del legislatore, la presenza della clausola comporta l'abrogazione automatica della disposizione in una data prestabilita; in secondo luogo, qualora non vi sia un'ulteriore deliberazione del legislatore per modificare o prorogare gli effetti delle disposizioni coperte da *sunset clauses*, si opererebbe anche una *pulizia* dell'ordinamento da norme che potenzialmente non troverebbero più applicazione in futuro.

Diverse possono essere le tipologie di *sunset clauses*, come diffusamente analizzate dalla dottrina anglosassone [188]. Tali differenti tipologie hanno in comune l'obiettivo di abrogare automaticamente una serie di disposizioni quando non sono più necessarie, indipendentemente da un successivo intervento del legislatore (una successiva abrogazione espressa), perché in tal caso già dichiarata nel testo di legge; e, in secondo luogo, non richiederebbero neanche una verifica da parte dell'interprete, nei casi di abrogazione tacita o implicita.

Inoltre, se adeguatamente utilizzate, le clausole di decadenza dovrebbero favorire il principio della separazione dei poteri - anche in tempi di crisi o emergenziali, limitando, nel breve periodo, i poteri straordinari dell'esecutivo lasciando maggiormente spazio

[186] In questi termini A. Kouroutakis, *The Constitutional value of sunset clauses. An historical and normative analysis*, London, 2017, p. 3, per il quale "Sunset clauses are statutory provisions providing that a particular law will expire automatically on a particular date unless it is re-authorised by the legislature".

[187] Cfr. A Kouroutakis, *The Constitutional value of sunset clauses. An historical and normative analysis*, cit., p. 4.

[188] Ivi, pp. 10 ss., nelle quali l'A. distingue tra sunset clauses: *entire and sectional*; *direct and indirect*; *conditional and undconditional*.

all'organo legislativo, dal quale promanerà la legislazione emergenziale.

L'utilizzo di tali clausole nel Regno Unito, infatti, si è maggiormente registrato in tempi di *emergenza*, più di recente anche in occasione della crisi sanitaria prodotta dal Covid-19[189]. In tal senso, anche in sistemi nei quali la legge formale rappresenta una fonte del diritto meno diffusa, come nel caso dei sistemi di *common law*, l'eventuale adozione di atti normativi in casi emergenziali garantisce un maggiore controllo del Parlamento (anche in una prospettiva di eventuale stabilizzazione di effetti prodotti dalla legislazione emergenziale), poiché quest'ultimo deve analizzare nuovamente le disposizioni di legge per *ri-autorizzarle* o, nel caso in cui non fosse necessario, lasciare che perdano definitivamente di efficacia.

Infatti, conferendo un carattere temporaneo ad una legge, le clausole di decadenza intervengono, altresì, su un eventuale inerzia del legislatore, poiché quest'ultimo sarà obbligato a pronunciarsi nuovamente sulle disposizioni di legge per evitarne l'abrogazione. Le *sunest clauses* sono state, quindi, inizialmente utilizzate per migliorare la responsabilità politica e la trasparenza e il dialogo tra legislativo ed esecutivo nell'ambito dell'esercizio delle funzioni di indirizzo politico.

Tuttavia, non tutta la dottrina è concorde nel ritenere che gli effetti prodotti da tali clausole siano necessariamente positivi[190]. Al contrario, c'è chi ha sottolineato che l'esperienza, in ordinamenti che ne fanno uso, sembra rivelare che queste misure legislative temporanee siano state spesso *ri-autorizzate* senza una valutazione ponderata da parte del legislatore o, in altre occasioni, siano servite principalmente come deterrente per ottenere un consenso più ampio a livello parlamentare, in particolare facendo sì che l'opposizione votasse a favore di determinato testo di legge, nella consapevolezza di una durata limitata nel tempo di quest'ultimo[191].

L'aspetto maggiormente interessante dell'istituto in esame attiene proprio al rapporto che viene ad intercorrere con il principio di separazione dei poteri; solo analizzando questo aspetto è possibile indagare la compatibilità e l'eventuale utilizzo di tali clausole abrogative

---

[189] Si pensi al *Coronavirus Act* 2020, in particolare l'art. 89; per consultare l'atto legislativo richiamato: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2020/7/contents/enacted.

[190] Cfr. S. Molloy, *Covid-19, Emergency Legislation and Sunset Clauses*, in *UK Constitutional Law Association*, 8 aprile 2020, consultabile al sito: https://ukconstitutionallaw.org/2020/04/08/sean-molloy-covid-19-emergency-legislation-and-sunset-clauses/.

[191] Con riferimento alle critiche mosse alle *sunset clauses*, si veda la bibliografia richiamata da A. Kouroutakis e S. Ranchordas, *Snoozing democracy: Sunset clauses, de-juridification, and emergencies*, in *Minnesota Journal of International Law*, cit.,pp. 21 ss.

nell'ordinamento italiano.

Nell'ambito del panorama comparato, va sottolineato che il principio della separazione dei poteri è stato talvolta trascurato dalla dottrina costituzionalistica britannica. Anteriormente al *Human Rights Act* del 1998, l'applicazione del principio in esame risultava modesta sia sul piano funzionale che formale. Il *ramo* esecutivo, nel Regno Unito, è notoriamente incorporato nel Parlamento e la funzione esecutiva è sicuramente sovradimensionata rispetto a quella legislativa[192].

Le *sunset clauses*, dunque, rispetto al principio della separazione dei poteri e per come evolutesi nel Regno Unito, contribuiscono alla revisione dei regolamenti di esecuzione e rafforzano il controllo legislativo, limitando l'impatto della *centralizzazione* dell'iniziativa legislativa verso l'esecutivo.

In secondo luogo, e non meno importante, le clausole assolvono anche ad un'altra importante funzione: sono utili a valutare l'efficienza e i risultati dell'azione di istituzioni o agenzie istituite per legge, prima ancora di renderle permanenti[193].

Per ragioni di economia espositiva non è possibile analizzare nel dettaglio tutti i singoli esempi forniti dalla prassi in materia di *sunset clauses* nell'ordinamento britannico.

Si ritiene, però, richiamare due aspetti che si ritengono utili ai fini della trattazione. Il primo è che sostanzialmente tali clausole, nell'ambito dell'assetto ordinamentale e della separazione dei poteri nel Regno Unito, assumo particolare rilevanza perché, se utilizzate soprattutto per motivi *emergenziali*, evitano un'eccessiva compressione dei diritti fondamentali; nonché, *controbilanciano* la preminenza dell'organo esecutivo rispetto al legislativo, determinando maggiori controlli da parte di quest'ultimo organo. In secondo luogo, possono essere strumenti utili ad addivenire ad un effettivo compromesso tra le forze politiche, dal momento che le opposizioni ben possono sentirsi più propense a votare un provvedimento della maggioranza, consapevoli che vi sarà un momento successivo nel quale poter ritornare sulle disposizioni promulgate o, eventualmente, lasciare che perdano di efficacia poiché non riapprovate.

[192] A. Kouroutakis, *The Constitutional value of sunset clauses. An historical and normative analysis*, cit., p. 84.
[193] Ivi, p. 85.

4. Conclusioni: le *sunset clauses* nella *prospettiva* degli ordinamenti di *civil law*.

Quanto premesso sulle peculiarità e diversità che assumo strumenti di *better regulation* nei sistemi di *common law*, è opportuno chiedersi se le *sunset clauses* possano effettivamente trovare spazio anche nel nostro ordinamento, qualificandosi quali strumenti regolativi migliori nell'ambito di un sistema politico e costituzionale profondamente diverso ma valevole tanto in periodo emergenziale quanto come strumento di *riordino* della normazione.

In realtà, nell'ordinamento italiano, sono già presenti istituti che sono assimilabili (quanto ad obiettivi perseguiti) a tali clausole abrogative espresse. Si pensi, ad esempio alle leggi meramente abrogative o, più in generale, ai fenomeni di *legislazione negativa*.

Come infatti sostenuto, con l'espressione legislazione negativa si intendono gli atti volti a far venir meno una data disciplina di rango primario che, esemplificativamente, possono individuarsi nella legge meramente abrogativa, nel risultato di un referendum abrogativo o in una sentenza della Corte costituzionale dichiarante l'incostituzionalità di una legge[194] (in tale ultimo caso, con la dovuta precisazione che, più propriamente, si tratta di annullamento e non di abrogazione).

Quella che più interessa l'analisi che si sta seguendo nel presente lavoro è, evidentemente, la disposizione legislativa meramente abrogativa, da intendersi quale manifestazione della volontà del legislatore volta esclusivamente ad abrogare una precedente disciplina. A ciò va precisato che l'effetto abrogativo è idoneo ad incidere tanto su una disposizione quanto su una, o più norme, in essa contenute[195].

La legge meramente abrogativa, tuttavia, costituisce una fattispecie molto rara nell'ambito dell'ordinamento italiano; i dati, infatti, dimostrano che è frequente che una nuova legge non si limiti ad abrogare la disciplina previgente, poiché, oltre a produrre tale effetto, si introducono anche nuove disposizioni[196]. In particolare, "è frequente il caso di una legge

---

[194] R. Vipiana, *La "legislazione negativa". Saggio su un'insolita e controversa nozione del diritto costituzionale*, Torino, 2017, p. 12.

[195] V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano,* II, Padova, 1978, p. 40.

[196] Discussa è stata in dottrina la natura delle leggi meramente abrogative. Si ritiene, tuttavia, che si tratti a pieno titolo di una fonte di rango primario; sul punto V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano,* II, Padova, 1978; per C. Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, 1985, p. 311 le leggi di mera abrogazione sono leggi per il fatto che nel legiferare rientra anche la semplice

che innova nella disciplina di una certa materia e all'articolo finale contiene una clausola di abrogazione di tutti i disposti incompatibili con la nuova disciplina (cd. abrogazione espressa, ma innominata)"[197].

Se, tuttavia, si utilizzassero più di frequente leggi meramente abrogative, si potrebbe addivenire ad uno dei due risultati cui tendono gli strumenti di *better regulation*, in particolare quello di *riordino* del sistema normativo, evitando l'insorgenza di eccessive antinomie e garantendo una più efficace valutazione (da parte del legislatore) di quali debbano essere futuri interventi in un settore dato. In tal senso, però, un ulteriore meccanismo utile a operare una sistematizzazione di una data materia, espungendo dall'ordinamento disposizione obsolete o rimaste inapplicate, potrebbe anche essere quello della *ghigliottina* (o *taglialeggi*)[198].

Sotto questi ultimi profili, pertanto, le leggi meramente abrogative non potrebbero essere assimilate alle *sunset clauses*, sia perché queste ultime intervengono in via preventiva (già nella fase *genetica* della legge stessa) a stabilire il tempo entro il quale debbano esaurirsi gli effetti di una data disposizione, sia perché verrebbe meno l'effetto di ridurre l'ostruzionismo delle opposizioni (che ben potrebbero essere invogliate a votare un certo

abrogazione di disposizioni legislative; per S. Galeotti, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano, 1957, p. 140, non si esclude che "l'atto legislativo possa eventualmente limitarsi a disporre anziché norme costitutive dell'ordinamento giuridico, la mera norma che espressamente abroghi leggi anteriori"; dal momento che "la funzione legislativa può così espandersi secondo tutto l'arco della sua potenzialità di produzione giuridica come limitarsi ad utilizzare semplicemente una frazione della forza giuridica che le appartiene". Pertanto la dottrina sembra attribuire natura legislativa alla legge di mera abrogazione principalmente per due ordini di ragioni: la prima, dal momento che è nella discrezionalità del legislatore valutare se sia necessario intervenire al fine di abrogare una disciplina senza necessariamente sostituirla con un'altra; la seconda, perché una legge meramente abrogativa è comunque idonea ad innovare l'ordinamento "introducendo nella norma precedente un termine di applicabilità che prima non c'era", come sottolineato in tale ultimo caso da da F. Sorrentino, *L'abrogazione nel quadro dell'unità dell'ordinamento giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, p. 11.

[197] R. Vipiana, *La "legislazione negativa". Saggio su un'insolita e controversa nozione del diritto costituzionale*, cit., p. 18.

[198] Ovvero il procedimento attraverso il quale si incaricano degli esperti di operare una ricognizione delle leggi che per diverse ragioni devono ritenersi non più vigenti, farne un elenco in appendice ad un testo di legge ed approvare la legge che abroghi espressamente tali leggi o disposizioni. In alternativa, il meccanismo opera anche automaticamente, ad esempio prevedendo che "tutte le leggi anteriori ad un certo anno siano abrogate" (in tal caso l'automatismo opererebbe solo una volta); o prevedendo, ad esempio, che "tutte le leggi con più di 10, 20 o 30 anni siano abrogate" (in tal caso l'automatismo sarebbe permanente). Cfr. L. Abagnara, *Procedimento "taglia-leggi" ed eccesso di delega*, in *Oss. cost.*, n. 1-2/2019, p. 132-147; N. Lupo (a cura di), *Taglialeggi e normattiva tra luci e ombre*, Padova, 2011; G. Mobilio, *Il cd. "taglia-leggi": una vicenda che rimarrà (inevitabilmente) aperta*, in *Quad. Cost.*, n. 2/2011, pp. 397-400; P. Carnevale, *La legge di delega come strumento per la semplificazione normativa e la qualità della normazione: il caso del meccanismo del cd. "taglia-leggi"*, in A. Cerri, P. Häberle, I. M. Jarvad, P. Ridola e D. Schefold (a cura di), *Il diritto fra interpretazione e storia: liber amicorum in onore di Angel Antonio Cervati*, Roma, 2010, I, p. 411-437; M. Cecchetti, *Politiche di semplificazione normativa e strumenti "taglia-leggi": criticità e possibili soluzioni di un rebus apparentemente irresolubile*, in *Federalismi.it*, n. 8/2010.

provvedimento conoscendone la circoscrizione temporale degli effetti).

Potrebbe, a questo punto, obiettarsi che, in realtà, il nostro ordinamento ha previsto delle fonti ad efficacia limitata nel tempo, che ben possano essere idonee ad intervenire celermente soprattutto in periodi emergenziali. Si pensi, ad esempio, all'art. 77 Cost.

In realtà, nonostante l'esercizio della funzione normativa da parte del governo attraverso i decreti legge, subordinato alla sussistenza di casi straordinari di necessità ed urgenza, rappresenti un esempio di normazione ad efficacia limitata nel tempo (poiché il decreto è destinato a decadere - con effetti *ex tunc* - in caso di mancata conversione da parte delle Camere), l'intervento della legge di conversione comunque stabilizzerebbe i suoi effetti per un periodo di tempo indeterminato. Pertanto, potrebbe essere interessante indagare sulla possibilità che tali clausole possano risultare funzionali ad evitare una stabilizzazione degli effetti della disciplina dell'emergenza.

Ci si chiede allora se, eventualmente, una *sunset clause* possa trovare applicazione anche nell'ambito di una legge di conversione. In tal caso, soprattutto in casi di emergenza, se non si vuole attendere la lungaggine del procedimento parlamentare, il Governo ben potrebbe esercitare la funzione legislativa per come stabilito all'art. 77 Cost. ma, al contempo, per evitare che intervenendo una legge di conversione gli effetti siano perpetuati nel tempo e diventino *definitivi*, inserendo già una clausola di abrogazione espressa si eviterebbe di attendere l'intervento di un'abrogazione tacita o espressa successiva.

Si è detto, invece, che la *ratio* dell'introduzione di una clausola abrogativa sarebbe non solo quella di consentire di legiferare per un periodo di tempo determinato, ma anche di garantire l'intervento dell'assemblea (e non del governo) in tempi decisamente ridotti e pertanto idonei a conferire centralità al Parlamento anche in periodi emergenziali (che mal si conciliano con le farraginosità del nostro sistema bicamerale perfetto).

Non possono, tuttavia, ignorarsi, in questa sede, gli eventuali rischi connessi all'introduzione di una clausola abrogativa nella nostra forma di governo.

Se, infatti, le dinamiche legate all'elaborazione e formazione dell'indirizzo politico vedono sempre più un'estromissione del Parlamento a vantaggio del Governo, quest'ultimo, al contempo, proprio al fine di rispondere ad esigenze di *efficacia* ed *efficienza* nella decisione, si avvale sempre di più di una compagine *tecnica*.

Rappresenta un esempio emblematico proprio la gestione della crisi sanitaria, nell'ambito della quale seppur nell'eccezionalità del contesto, si è avuto modo di percepire

maggiormente il peso che può arrivare ad avere il *tecnico* sul *politico*.

Come già attenta dottrina aveva rilevato, "in senso 'ampio' tecnico è ogni persona che possieda le conoscenze o le attitudini specializzate necessarie per risolvere un determinato problema"[199]; alcuni di essi "collaborano ad attività politiche od altre attività, alle prime assimilabili, che vengono correntemente definite di lata discrezionalità"[200].

Il rischio principale, pertanto, sarebbe quello di determinare l'introduzione di un elemento propriamente tecnico al sistema di produzione normativo, vanificando gli aspetti positivi che discendono dal sistema di *pesi e contrappesi* e del principio pluralista, per i quali la legge, per quanto possibile, dovrebbe poter *intercettare* anche le istanze delle minoranze, attraverso il dibattito e (per quanto possibile) il raggiungimento di un compromesso.

Se così non fosse, non solo si aprirebbe la strada ad ulteriori meccanismi *tecnocratici*[201] ma anche ad un procedimento di formazione della legge che si avvicini ad un vero e proprio procedimento amministrativo (i cui rischi sarebbero ponderabili laddove si prenda ad esempio la legge-provvedimento)[202].

Vi è da porsi un ultimo e fondamentale quesito ai fini della trattazione: pur introducendo le *sunset clauses* nel nostro ordinamento o implementando l'utilizzo di leggi meramente abrogative, sono da sole idonee a considerarsi strumenti di *better regulation*?

Si ritiene che se non adeguatamente affiancate a tutta una serie di pratiche di regolazione come elaborate dall'OCSE e recepite a livello europeo, da sole non siano idonee a intervenire efficacemente nel sistema.

---

[199] G. Guarino, *Tecnici e politici nello Stato contemporaneo*, in Id., *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962, p. 4.

[200] Ivi, p. 5.

[201] Su i rischi derivanti dalla cd. *tecnocrazia* cfr., più di recente, A. Lucarelli, *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli, 2020; C. De Fiores, *Sulle perversioni del neoliberalismo e sui suoi riflessi costituzionali. Brevi riflessioni su partecipazione politica e dissoluzione dell'ordine della mediazione,* in C. Iannello (a cura di), *Neoliberismo e diritto pubblico*, in *Rass dir. pubbl. eur.*, n. 1/2020, in tale ultimo caso con riguardo agli effetti negativi prodotti dal neoliberismo.

[202] Sul punto la dottrina è copiosa, ci si limita a richiamare M.Losana, *Leggi provvedimento? La giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2015; Q. Camerlengo, *Legge o atto amministrativo? La Corte costituzionale e il calendario venatorio*, in *Le Regioni*, n. 3/2012, pp. 559-579; S. Giuliano, *Riflessioni sulla problematica delle leggi-provvedimento (in margine alla sent. n. 20 del 2012)*, in *Giur. Cost.*, n. 2/2012, p. 1591 ss.; A. Cardone, *Il fenomeno delle leggi-provvedimento e la crisi della separazione tra ordine legale e ordine costituzionale: retorica dello strict scrutiny e vuoti di tutela*, in P. Caretti e M.C. Grisolia, *Lo Stato costituzionale: la dimensione nazionale e la prospettiva internazionale. Scritti in onore di Enzo Cheli*, Bologna, 2010, p. 181 ss.; G. U. Rescigno, *Dalla sentenza n. 137/2009 della Corte costituzionale a riflessioni più generali sulle leggi-provvedimento*, in *Giurisprudenza italiana, n.* 3/2010, p. 531 ss.; Id., *Leggi provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi-provvedimento costituzionalmente illegittime*, in *Dir. Pubbl.*, n. 2/2007, pp. 319 ss.; R. Dickmann, *La legge in luogo del provvedimento*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, n. 4/1999, p. 917 ss..

Tuttavia, una circoscrizione temporale degli effetti di alcuni provvedimenti di legge ben può rappresentare la base per un riordino del sistema normativa primario; nonché, potrebbero temperare un'eccessiva ipertrofia normativa da parte dell'esecutivo in danno del parlamento, poiché, come si è già detto, la limitazione temporale di efficacia assunta preventivamente potrebbe accelerare un compromesso tra le forze politiche.
Pertanto, le clausole abrogative affiancate anche ad altri strumenti di *better regulation* provocherebbero due effetti positivi sul sistema: il primo, ottemperare ad una sempre maggiore esigenza di razionalizzazione dell'attività di produzione del diritto; il secondo, non per ordine di importanza, potrebbe porre il Parlamento in una posizione di centralità nell'ambito di questo processo. Se così fosse, si potrebbe inaugurare una nuova *stagione* di *produzione* del diritto che possa tenere effettivamente presente le nuove *frontiere* della qualità della regolazione. *Mai prima d'ora abbiamo avuto così poco tempo per fare così tanto*.

Abstract: L'emergenza sanitaria causata dal Covid-19 ha impattato, come evidenziato in questi mesi dalla dottrina costituzionalistica, anche sul sistema delle fonti e sugli equilibri tra organi costituzionali. Scopo del lavoro è quello di analizzare una tecnica di normazione spesso utilizzata nel Regno Unito, le cd. *sunset clauses* (o clausole di decadenza), mettendone in luce tanto gli aspetti positivi quanto negati e l'eventuale applicabilità al sistema italiano. Si vuole, pertanto, indagare non solo che tipo di impatto le *sunset clauses* possano produrre in periodo di emergenza, ma anche in prospettiva di *lungo periodo* (dunque oltre la stessa), quale strumento effettivo di un miglioramento della qualità della normazione.

Abstract: The health emergency caused by Covid-19 has also had an impact, as the italian constitutionalist doctrine has shown in recent months, on the system of sources and the balance between constitutional bodies. The aim of the work is to analyse a regulatory technique often used in the United Kingdom, the so-called *sunset clauses*, highlighting both its positive and negative aspects and its possible applicability to the Italian system.
The aim, therefore, is to investigate not only what kind of impact sunset clauses can produce in an emergency period, but also in a *long term* perspective (i.e. beyond the same), as an effective tool for improving the quality of legislation.

Parole chiave: Clausole di decadenza – strumenti e tecniche di *better regulation* – Covid-19 – Parlamento – emergenza.

Key words: Sunset clauses – better regulation tools and techniques – Covid-19 – Parliament – emergency.

QUALCHE OSSERVAZIONE SUL RENDIMENTO DELLE INNOVAZIONI LEGISLATIVE DI STAMPO PARITARIO INTRODOTTE IN LIGURIA E IN PUGLIA*.

di Virgilia Fogliame**

Sommario. 1. Notazioni introduttive. – 2. Il caso del Piemonte e della Calabria. – 3. L'intervento di modifica della legge elettorale ligure e l'esercizio del potere sostitutivo in Puglia. – 4. L'effettivo rendimento delle innovazioni legislative.

1. Notazioni introduttive.

Come noto, il contributo fornito dalla giurisprudenza della Corte per la definizione di una cornice normativa elettorale di stampo paritario da introdurre a tutti i livelli di governo è

* *Sottoposto a referaggio*.
** Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale – Università degli studi di Napoli "Federico II".

stato piuttosto intenso[203] (anche se non sempre caratterizzato da andamenti coerenti)[204], declinandosi secondo un articolato *percorso riformatore* confluito dapprima in un

[203] Il riferimento è alle note decisioni concernenti il «caso valdostano» (sent. n. 49/2003), e la legittimità della *doppia preferenza di genere* introdotta dal legislatore campano (sent. n. 4/2010). Nel primo caso, i Giudici hanno dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Governo in riferimento agli artt. 2, commi 2 e 7, comma 1, legge reg. Valle d'Aosta n. 21 del 13 novembre 2002, lamentandone il contrasto con gli artt. 3, comma 1 e 51, comma 1 della Carta (quest'ultimo nella formulazione antecedente all'intervento di revisione). In particolare, le disposizioni impugnate dalla difesa erariale prevedevano, rispettivamente, che le liste elettorali dovessero comprendere «candidati di entrambi i sessi», pena la dichiarazione di invalidità delle stesse da parte dell'Ufficio elettorale regionale. In tale occasione la Corte la Corte ha rilevato che l'introduzione di un «vincolo legale» volto ad orientare, in direzione paritaria, le scelte partitiche nella fase concernente la formazione delle liste costituisse una «misura minima di non discriminazione», come tale inidonea a determinare una *quota* riservata alla presenza femminile nell'ambito della competizione elettorale (per un commento, cfr. *ex plurimis* M. Montalti, *Il caso valdostano e l'attuazione dei «commi rosa» nelle Regioni a Statuto speciale*, in Aa.Vv., *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, Torino, 2003, p. 193 ss.; I. Nicotra, *La legge della Valle d'Aosta sulla «parità» passa indenne l'esame della Corte*, in *Quad. cost*., n. 2/2003, p. 368 ss.; L. Califano, *Corte e Parlamento in sintonia sulle «pari opportunità»*, ivi, p. 366 ss.; G. Brunelli, *Pari opportunità elettorali e ruolo delle Regioni*, in *Forum Quad. cost*., n. 8/2005, p. 3 ss.; A. Deffenu, *Parità tra i sessi in politica e controllo della Corte: un* revirement *circondato da limiti e precauzioni*, in *Le Regioni*, n. 5/2003, p. 920 ss.; nonché G. Brunelli, *Un* overruling *in tema di norme elettorali antidiscriminatorie*, *ivi*, p. 902). Per quel che concerne la Regione Campania, invece, la Consulta ha dichiarato la legittimità costituzionale del meccanismo della "doppia preferenza di genere" di cui all'art. 4, comma 3, legge regionale campana n. 4/2009, rilevando come tale regola non fosse orientata né a «prefigurare un risultato elettorale», né tantomeno ad «alterare artificiosamente la composizione della rappresentanza consiliare», non attribuendo a determinati candidati «maggiori opportunità di successo rispetto ad altri». In argomento, le osservazioni in dottrina sono state piuttosto intense: cfr., *ex aliis*, S. Leone, *La preferenza di genere come strumento per «ottenere indirettamente ed eventualmente, il risultato di un'azione positiva»*, in *Giur. cost*., n. 1/2010, p. 93 ss.; L. Carlassare, *La legittimità della "preferenza di genere": una nuova sconfitta della linea del Governo contro la parità*, in *Giur. cost*., n. 1/2010, p. 81 ss.; L. Califano, *L'assenso «coerente» della Consulta alla preferenza di genere*, in *Quad. cost*., n. 2/2010, p. 404 ss.; E. Catelani, *Statuti regionali e tutela del principio delle pari opportunità: prime leggi regionali di attuazione*, in *www.federalismi.it*, n. 7/2010; M. Raveraira, *Preferenza di genere: azione positiva o norma antidiscriminatoria? Brevi note a margine della sent. n. 4/2010 della Corte cost*., in *www.federalismi.it*, n. 3/2010 e, in chiave critica, G. Ferri, *Le pari opportunità tra donne e uomini nell'accesso alle cariche elettive e la «preferenza di genere» in Campania*, in *Le Regioni*, n. 4/2010, p. 902 ss.; M. Caielli, *La nuova legge elettorale della Regione Campania: a sostegno della costituzionalità delle norme di promozione della democrazia paritaria*, in *www.fereralismi.it*, n. 17/2009; Id., *La promozione della democrazia paritaria nella legislazione elettorale regionale: un altro "via libera" della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2010.

[204] Si ricorda, infatti, come in talune occasioni la Corte abbia usato la *mano pesante* sui meccanismi di riequilibrio della rappresentanza: ci si riferisce, invero, alla nota decisione n. 422/1995, ove la Corte ha sancito l'illegittimità costituzionale delle quote di genere inserite in ambito elettorale per violazione degli artt. 3, comma 1 e 51 Cost. (quest'ultimo nella sua originaria formulazione), rilevando come siffatto meccanismo fosse teso ad attribuire *in via diretta* un risultato elettorale favorevole al genere femminile, finendo così per «creare discriminazioni attuali come rimedio a discriminazioni passate» (punto 6 del Cons. dir.). Sulla decisione *de qua*, cfr. le riflessioni critiche di U. De Siervo, *La mano pesante della Corte sulle «quote» nelle liste elettorali*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 3268 ss.; E. Rossi e A. Pizzorusso, *Le azioni positive in materia elettorale*, in B. Beccalli (a cura di), *Donne in quota*, cit., p. 179. Il rilievo è stato altresì condiviso da L. Califano, *Eguaglianza, diritti e partecipazione femminile alla vita democratica: la parità dei sessi nella rappresentanza politica. Riforme costituzionali e quote di genere*, in A. Falcone (a cura di), *Verso una democrazia paritaria. Modelli e percorsi per la piena partecipazione delle donne alla vita politica e istituzionale*, Milano, 2011, p. 76 ss. e A. Falcone, *Partecipazione politica e riequilibrio di genere nelle assemblee elettive e negli organi di governo: legislazione e giurisprudenza costituzionale nell'ordinamento italiano*, in *Rivista AIC*, n. 1/2016, p. 4.

intervento di modifica dell'art. 117 Cost.[205] e, successivamente, in una legge di revisione costituzionale di modifica dell'art. 51 Cost[206].

Trattasi, a ben vedere, di un percorso maturato in aderenza agli scenari gradualmente registratisi sul versante sovranazionale, connotati anch'essi da una stratificazione di approcci[207] verso le misure di riequilibrio della rappresentanza conducendo, a partire dal

[205] Al comma 7 della disposizione citata, infatti, è stato aggiunto il seguente periodo: «le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica e promuovono la parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive». Dalla formula emerge, pertanto, un duplice *vincolo di scopo* per il legislatore regionale, volto a sollecitare l'intervento di quest'ultimo in aderenza ai fini indicati dalla norma. Sul punto, cfr. A. Poggi, *Parità dei sessi e rappresentanza politica negli ordinamenti regionali*, in Aa.Vv., (a cura di), *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, Torino, 2003, p. 133 ss.; G. Brunelli, *Le quote riprendono quota? (A proposito di azioni positive in materia elettorale regionale)*, in *Le Regioni*, n. 3/2001, p. 535 ss.; E. Olivito, *Azioni positive e rappresentanza femminile: problematiche generali e prospettive di rilancio*, in *Pol. dir.*, 2002, p. 249 ss.

[206] Una norma *ombrello* volta a fornire una «copertura costituzionale» maggiormente incisiva alle azioni positive in materia elettorale (obiettivo emerso dalla relazione di accompagnamento al d.d.l. n. 1583 di riforma dell'art. 51 Cost., ove è stata rilevata la necessità di edificare una «copertura costituzionale» al fine di legittimare misure legislative orientate a «correggere […] squilibri nella rappresentanza»): invero, con legge cost. 30 maggio 2003, n. 1 è stato introdotto, al comma 1 della disposizione in parola, il principio secondo il quale «[…] la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini». Tale intervento, tuttavia, non ha riscosso entusiasmo in dottrina, considerato che la formula «pari opportunità» inserita nel novellato art. 51 sembrava assumere connotati maggiormente "elastici" rispetto al testo del co. 7 dell'art. 117 Cost., laddove si è parlato nello specifico di «parità di accesso» alle cariche elettive. Cfr. G. Brunelli, *Un «ombrello» costituzionale per le azioni positive elettorali*, in *Quad. cost.*, n. 3/2002, p. 615 ss.; T.E. Frosini, *La modifica dell'art. 51 Cost.: problemi e prospettive*, in *Rivista AIC*, 17 marzo 2003, disponibile on-line all'indirizzo *http://archivio.rivistaaic.it/dibattiti/attualita/frosini.html*; A. Deffenu, *La revisione virtuale dell'art. 51 Cost.*, in *Quad. cost.*, n. 3/2002, spec. p. 617-618; A. Falcone, *Le pari opportunità fra revisione del Tit. V Cost. e nuovo art. 51 Cost.*, in S. Gambino (a cura di), *Diritto regionale e degli enti locali*, Milano, 2003; M. Cartabia, *Il principio della parità tra uomini e donne nell'art. 117, 7° comma*, in T. Groppi e M. Olivetti (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, Torino, 2001, p. 109 ss.

[207] Le *diverse generazioni di misure preferenziali* che hanno scandito l'evoluzione della giurisprudenza consolidatasi in ambito sovranazionale sul tema dell'equilibrio di genere sono state ampiamente indagate in dottrina (cfr. *ex aliis*, A. Deffenu, *Il principio di pari opportunità di genere nelle istituzioni politiche*, Torino, 2012, p. 32 ss.; G. Guiglia, *Non discriminazione e uguaglianza: unite nella diversità*, in *www.gruppodipisa.it*, n. 2/2012, p. 12 ss.; G. Luchena, *Sulla legittimità delle azioni positive cosiddette "forti" a seguito della sentenza Marshall: eguaglianza nei punti di partenza o eguaglianza nei punti di arrivo?* in L. Chieffi (a cura di), *Evoluzione delle autonomie e tutela dei diritti sociali. A proposito della riforma del Titolo V della Costituzione*, Padova, 2001, p. 153 ss.; M. Barbera, *L'eccezione e la regola, ovvero l'eguaglianza come apologia dello* status quo, in B. Beccalli (a cura di), *Donne in quota: è giusto riservare posti alle donne nel lavoro e nella politica?*, Milano, 1999, p. 119 ss.; L. Calafà, *Le "quote condizionate" a favore delle donne al vaglio della Corte di Lussemburgo*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 1998, p. 214 ss.; A. Cerri e B. Veneziani, *Le azioni positive dopo la sentenza Marschall*, in *Dir. lav. Rel. Ind.*, 1998, p. 401 ss.; D. Izzi, *La Corte di Giustizia e le azioni positive: da Kalanke a Marschall*, in *Lavoro e diritto*, 1998, p. 675 ss.; S. Fredman, *After Kalanke and Marschall: Affirming affirmative action*, in *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. I, 1998, p. 203 ss.; Id., *Reversing discrimination*, in *Law quarterly review*, 1997, p. 575 ss.; M. V. Ballestrero, *Azioni positive. Punto e a capo*, in *Lavoro e diritto*, 1996, p. 117 ss.; P. Mori, *Quale uguaglianza? Ovvero le azioni positive davanti alla Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, p. 821 ss.; S. Scarponi, *Pari opportunità e frauenquoten davanti alla Corte di giustizia*, in *Riv. dir. eur.*, I, 1995, p. 717 ss.). Il punto di partenza è stato rappresentato dalla nota sentenza Kalanke del 17 ottobre 1995, laddove la CGCE si è pronunciata sulle *affirmative actions* introdotte in ambito laburistico: in tale occasione, i giudici hanno dichiarato l'illegittimità di una normativa che introduceva – a parità di

Trattato di Amsterdam, al progressivo riconoscimento dello strumento del trattamento preferenziale come affermazione della finalità sottesa al principio di eguaglianza sostanziale[208].

---

qualificazioni tra candidati ritenuti ugualmente idonei per una promozione – un trattamento preferenziale alle donne nei settori in cui le stesse fossero sottorappresentate, considerata idonea a determinare un «automatico» risultato alla componente femminile, a discapito dei candidati uomini (sulla assonanza del percorso argomentativo tracciato dai giudici di Lussemburgo e il ragionamento edificato dalla Consulta attraverso la succitata sentenza n. 422 del 1995, cfr. M.V. Ballestrero, *Azioni positive e quote nel giudizio di due autorevoli Corti*, *Azioni positive e quote nel giudizio di due autorevoli Corti*, in S. Scarponi (a cura di), *Le pari opportunità nella rappresentanza politica e nell'accesso al lavoro. I sistemi di "quote" al vaglio di legittimità*, Trento, 1997, p. 37 ss.). Tale decisione, tuttavia, è stata accolta in termini piuttosto critici dagli studiosi, in ragione della interpretazione piuttosto restrittiva effettuata dai giudici sul parametro di riferimento, ossia l'art. 2, comma 4, dir. n. 76/207 (considerato per decenni il *crocevia normativo obbligato in tema di misure preferenziali a livello comunitario*). In tale occasione, infatti, il principio paritario emergente dal testo della direttiva – concernente la legittimità di misure volte a promuovere la «parità delle opportunità tra uomini e donne» nell'accesso al lavoro, ivi compresa la promozione – è stato interpretato nel senso di *identico trattamento* tra i candidati, conducendo pertanto a dichiarare incompatibile con il diritto comunitario la normativa tedesca che prevedeva un trattamento preferenziale per le donne nei settori in cui le stesse non fossero adeguatamente rappresentate. Siffatto orientamento è stato, successivamente, parzialmente temperato attraverso la sentenza Marshall dell'11 novembre 1997, laddove la Corte si è pronunciata sulla compatibilità con il comma 4 dell'art. 2, dir. n. 76/207 di una normativa nazionale che prevedeva, nell'ambito del pubblico impiego, un meccanismo preferenziale per le donne ai fini della promozione nel caso in cui, a livello del posto considerato, le stesse fossero sottorappresentate. La normativa censurata, tuttavia, conteneva una "*saving clause*" per i candidati di genere maschile, che avrebbe permesso a questi ultimi di essere preferiti alle donne qualora l'esame dei criteri richiesti ai fini della promozione facesse propendere per una scelta che derogasse al meccanismo preferenziale (secondo alcuni, la presenza della "*saving clause*" ha costituito soltanto un elemento «compensativo e giustificativo» del mutamento d'approccio registrato dalla Corte, colpita dalla risonanza del dibattito dottrinale sviluppatosi, in termini critici, in relazione alla sentenza Kalanke: sul punto, si v. O. Pollicino, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario. Un profilo giurisprudenziale alla ricerca del nucleo duro del new legal order*, Milano, 2005, p. 115 ss.).

[208] La sentenza Marshall ha costituito, infatti, soltanto il punto di partenza di un vero e proprio processo di *costituzionalizzazione*, nel panorama comunitario, dello strumento del trattamento preferenziale, avvenuto con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam attraverso l'aggiunta del comma 4 all'art. 119 (divenuto, poi, art. 141 TCE). Invero, il concetto di *sesso sottorappresentato* ivi contenuto ha favorito l'emersione del carattere *neutrale* da attribuire alle misure preferenziali, queste ultime declinate non più soltanto alla mera promozione della *parità delle opportunità*, bensì verso la concreta attribuzione di *vantaggi specifici e diretti* per il sesso sottorappresentato, al fine di garantire l'effettiva parità di genere in ambito laburistico. Se, tuttavia, la disposizione *de qua* era stata edificata in riferimento a tale specifico ambito, l'art. 23 della Carta di Nizza-Strasburgo ha, invece, introdotto un obiettivo di eguaglianza sostanziale ben più ampio, da raggiungere «in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, lavoro e retribuzione». In tale processo, volto alla progressiva affermazione dell'eguaglianza di genere, non può non essere incluso il contributo fornito dal Trattato di Lisbona, che ha avuto il merito di attribuire alla Carta dei diritti fondamentali lo stesso valore giuridico dei Trattati (cfr. art. 6), includendo la «parità tra donne e uomini» quale valore sul quale l'U.E. si fonda, mirando così a «combattere le discriminazioni fondate sul sesso» (art. 10 TFUE). In argomento, *amplius*, O. Pollicino, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, cit., p. 125 ss.; S. Ninatti, *Azioni positive e discriminazioni per sesso nel diritto comunitario*, in *Quad. cost*., n. 2/2000, p. 465 ss.; L.M. Dentici, *L'eguaglianza fra i sessi nell'Europa di Amsterdam*, in *Dir. lav*., 2000, I, p. 224 ss.; G. Brunelli, *Art. 23. Parità tra uomini e donne*, in AA.VV., *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, p. 178 ss.; A. D'aloia, *Diritti sociali e politiche di eguaglianza nel processo costituzionale europeo*, in M. Scudiero (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, vol. I, tomo III, Napoli, 2002, p. 841

Ad oggi, l'impianto normativo di riferimento concernente il sistema di elezione degli organi rappresentativi regionali è costituito dalla legge n. 165 del 2004 ("Disposizioni di attuazione dell'articolo 122, primo comma, della Costituzione")[209], modificata da ultimo con la legge n. 20 del 15 febbraio 2016. Tale legge ha avuto il merito di ridefinire i meccanismi paritari previsti dalle leggi elettorali regionali, apportando significative novità che, tuttavia, non sembrano essere state accolte con entusiasmo dal versante substatale considerato che, ad oggi, alcune Regioni non si sono adeguate affatto ai dettami imposti dal legislatore statale; in altri casi, invece, si è addirittura verificato il potere sostitutivo del Governo previsto dall'art. 120, comma 2, Cost., per sopperire all'inerzia del legislatore regionale.

Il punto verrà approfondito *infra*. Per ora, sembra opportuno segnalare che, in riferimento ai contesti regionali che adottano un sistema elettorale che prevede l'espressione di preferenze[210], la legge n. 20/2016 ha previsto la combinazione di due differenti misure per favorire l'equilibrio dei sessi negli organi elettivi, ossia il sistema delle "quote di lista"[211] e il meccanismo della doppia preferenza di genere[212]; per le Regioni ove, invece, vige il cd.

---

ss.; E. Radighieri, *Nuove prospettive per la parità dei sessi?* in L.S. Rossi (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002, p. 186 ss.; A. Donà, *Le pari opportunità. Condizione femminile in Italia e integrazione europea*, Roma-Bari, 2006, p. 54 ss.; M. Barbera, *Introduzione. Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in Id. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e internazionale*, Milano, 2007, XIX; G. Demuro, *Costituzionalismo europeo e tutela multilivello dei diritti. Lezioni*, Torino, 2009, p. 41 ss.; E. Palici Di Suni, *Il principio di eguaglianza nell'Unione Europea*, in A. Lucarelli e A. Patroni Griffi (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, Napoli, 2009, p. 255 ss.; Id., Empowerment *delle donne, riequilibrio della rappresentanza politica*, multilevel governance *e democratizzazione dell'UE*, in M. Rossilli (a cura di), *I diritti delle donne nell'Unione Europea. Cittadine migranti schiave*, Roma, 2009, p. 23 ss.; M. Cartabia, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in F. Bassanini e G. Tiberi (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2010, p. 89 ss.; F. Rescigno, *Il* gender mainstreaming *europeo e l'approccio internazionale alla questione della parità di genere*, in Id. (a cura di), *Percorsi di eguaglianza*, Torino, 2016, p. 195 ss.; C. Salazar, *Pari opportunità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, V, Milano, 2006, p. 4088 ss.

[209] Il comma 1 dell'art. 122 Cost. stabilisce, infatti, che «Il sistema d'elezione […] del Presidente e degli altri componenti della Giunta regionale nonché dei consiglieri regionali sono disciplinati con legge della Regione nei limiti dei princìpi fondamentali stabiliti con legge della Repubblica, che stabilisce anche la durata degli organi elettivi». Sul tema, nella prospettiva analizzata attraverso la presente indagine, cfr. P.L. Petrillo, *Democrazia paritaria, «quote rosa» e nuovi statuti regionali*, in M. Carli, G. Carpani e A. Siniscalchi (a cura di), *I nuovi statuti delle regioni ordinarie. Problemi e prospettive*, Bologna, 2006, p. 546 ss.

[210] È il caso della Regione Abruzzo, Campania, Basilicata, Emilia-Romagna, Lazio, Lombardia, Marche, Molise, Puglia, Toscana, Umbria, Veneto e, di recente, anche la Liguria.

[211] La legge n. 20 del 2016, infatti, stabilisce che, in ciascuna lista, i candidati dello stesso genere non debbano eccedere il 60% del totale.

[212] Tale meccanismo, ripreso dalla legislazione elettorale campana, prevede per l'elettore la facoltà di esprimere due preferenze a candidati di sesso diverso, pena l'annullamento della seconda. In argomento, cfr.

"listino"[213], il legislatore ha stabilito che i candidati debbano essere presentati in ordine alternato di genere, in uno alla quota riservata a ciascun genere pari al 60%[214].

A questo punto, occorre chiedersi quale scenario potrebbe prefigurarsi qualora il legislatore regionale decida di non adeguarsi ai principî imposti dalla normativa statale di riferimento: invero, atteso che la legge n. 20/2016 costituisce una legge statale *di principio* in materia concorrente, assumendo quindi valore di *parametro interposto*, il mancato adeguamento da parte delle Regioni dei principî stabiliti con legge della Repubblica costituirebbe una concreta violazione degli artt. 122 e 117, comma 7, Cost. In aderenza a tale presupposto, lo svolgimento delle consultazioni elettorali nelle Regioni ancora inadempienti condurrebbe alla formazione di un neo Consiglio regionale eletto sulla base di una legge non conforme alla Carta.

2. Il caso del Piemonte e della Calabria.

Tale ipotetico scenario ha assunto effettività e sostanza in riferimento alla Regione Piemonte e alla Regione Calabria, entrambe coinvolte in recenti consultazioni elettorali[215] senza aver provveduto ad adeguare la propria legge elettorale alle indicazioni di stampo paritario imposte del legislatore statale.

La Regione Piemonte, infatti, adotta il sistema elettorale regionale previsto dalla disciplina statale (ad eccezione di alcune norme per la sottoscrizione delle liste, modificate con la legge regionale 29 luglio 2009, n. 21): in tale cornice normativa, l'unica disposizione rinvenibile in tema di parità di genere è costituita dall'art. 1, comma 5, della legge statale n. 43/1995, ove è stabilito che ogni lista regionale debba comprendere un numero di candidate e candidati non inferiore alla metà dei candidati da eleggere.

Per la Regione Calabria, invece, lo scenario è ancora più complesso, attesa l'irriducibile vaghezza della normativa di riferimento: invero, l'unico cenno in tema di rappresentanza paritaria è contenuto nell'art. 1, comma 6, legge regionale n. 1 del 7 febbraio 2005, laddove

F. Pastore, S. Ragone, *Voto di preferenza e rappresentanza di genere nella legislazione elettorale regionale*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, (26 gennaio 2009).

[213] Come nel caso del Piemonte e, fino a poco tempo fa, della Liguria.

[214] Qualora infine siano previsti collegi uninominali, nell'ambito delle candidature presentate con il medesimo simbolo i candidati di un sesso non dovranno eccedere il 60% del totale.

[215] Rispettivamente, il 26 maggio 2019 (Piemonte) e il 26 gennaio 2020 (Calabria).

è previsto soltanto che «[…] le liste elettorali devono comprendere, a pena di inammissibilità, *candidati di entrambi i sessi*».

La lacunosità delle formule paritarie rinvenibili nei contesti regionali analizzati avrebbe imposto, pertanto, un intervento del legislatore regionale al fine di delineare contorni più nitidi per il rispetto del principio in parola. Invece, in occasione delle più recenti consultazioni, né la Calabria né, tantomeno, il Piemonte, hanno provveduto spontaneamente ad adeguare la propria legge elettorale ai vincoli imposti dalla legge statale del 2016, sollevando non poche perplessità in relazione alla concreta legittimità delle scelte adottate, e degli esiti ad esse correlati. Invero, almeno in Calabria[216], la mancata attuazione di incisive formule di riequilibrio della rappresentanza ha condotto, ancora una volta, ad esiti di restrizione della partecipazione politica femminile decretando, all'esito delle consultazioni elettorali svoltesi il 26 gennaio 2020, l'elezione di sole due donne nella compagine consiliare regionale calabrese[217].

Occorre, a questo punto, soffermarsi sull'effettivo grado di incidenza che avrebbe potuto spiegare un eventuale intervento da parte dei giudici nei casi ivi considerati, considerata l'assenza delle condizioni per l'applicabilità di una soluzione dissolutoria dell'organo

[216] Nonostante il calo registratosi nella ultima tornata elettorale rispetto ai dati risalenti alle consultazioni del 2014 (nel 2019, infatti, sono state elette quattro donne in meno rispetto al 2014), il Piemonte continua ad essere, tra le Regioni italiane, una delle *più rosa*. Non è lo stesso, tuttavia, per la Calabria, notoriamente distintasi – assieme alla Basilicata – quale Regione con il minor numero di presenze femminili nelle assemblee elettive. Sul punto, cfr. U. Adamo, *Principio di pari opportunità e legislazione elettorale regionale. Dal Consiglio calabrese una omissione voluta, ricercata e votata. In Calabria la riserva di lista e la doppia preferenza di genere non hanno cittadinanza*, in *Le Regioni*, n. 2/2020, p. 403 ss.; nonché A. Rauti, *Ancora sulla legge elettorale calabrese (tra novità ed omissioni)*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n. 3/2017.

[217] E, quindi, solo una donna in più rispetto alle elezioni del 2014. A ben vedere, tuttavia, tale risultato non è stato del tutto imprevedibile, atteso che il 60% delle liste presentate dai partiti conteneva, in ognuna di esse, un numero di donne non superiore ad una, peraltro collocate alle ultime posizioni. Fonte: *https://portale.regione.calabria.it/website/portalmedia/2020-01/Esiti-elezioni-regionali.pdf*. Il decreto di indizione delle elezioni n. 322 del 25 novembre 2019 era stato impugnato innanzi al T.A.R. Calabria dall'Associazione "What Women Want – La Calabria vista dalle donne" e da una cittadina elettrice, chiedendo la remissione degli atti alla Corte costituzionale per l'accertamento della illegittimità della normativa regionale e l'annullamento del decreto impugnato. Tuttavia, il g.a. ha rigettato la questione per difetto di giurisdizione, rilevando che «oggetto del giudizio non è il procedimento elettorale […] bensì il libero esercizio del diritto di voto», essendo in discussione «un diritto politico, la cui cognizione non può che spettare al giudice ordinario […] atteso che la giurisdizione amministrativa in materia di contenzioso elettorale non è esclusiva» (cfr. *in terminis* T.A.R. Calabria, Catanzaro, I, sent. n. 2158 del 27 dicembre 2019, richiamando, in argomento, Cass. Civ., I, ord. 17 maggio 2013, n. 12060 e Cass. Civ., SS.UU., ord. 20 ottobre 2016, n. 21262). Successivamente, è stata proposta innanzi al g.a. impugnativa avverso i risultati delle consultazioni del 26 gennaio 2020, chiedendone l'annullamento ed eccependo, in tale occasione, l'illegittimità costituzionale della legge elettorale regionale. L'udienza per la discussione del ricorso, originariamente fissata il 23 settembre 2020, è slittata a novembre.

elettivo ai sensi dell'art. 126 Cost.[218]. Né tantomeno risulta percorribile l'ipotesi relativa ad una *paralisi* – in attesa degli interventi legislativi di modifica – del rinnovo dell'organo democratico, poiché in contrasto con l'esigenza di "salvaguardia della costante operatività di un organo costituzionale a composizione elettiva"[219].

Nella consapevolezza che siffatte problematiche avrebbero ben presto interessato anche la Regione Liguria e la Regione Puglia (entrambe coinvolte nel rinnovo degli organi elettivi previsto per il 20-21 settembre 2020), il Governo ha deciso di intervenire attraverso l'esercizio del potere sostitutivo previsto dall'art. 120, comma 2, Cost. (applicato tuttavia soltanto in Puglia), per far sì che nelle realtà territoriali ivi considerate si procedesse alle consultazioni elettorali in osservanza dei vincoli paritari imposti dalla legge n. 20/2016.

3. L'intervento di modifica della legge elettorale ligure e l'esercizio del potere sostitutivo in Puglia.

Fino a pochi mesi fa, la Regione Liguria seguiva la disciplina introdotta con normativa nazionale (ll. nn. 108/1968 e 43/1995) non prevedendo, pertanto, alcunché in relazione alla tutela della rappresentanza di genere nelle assemblee rappresentative (ad eccezione di qualche generica indicazione contenuta nell'art. 1, comma 2, lett. *d)*, legge regionale 1 agosto 2008, n. 26, secondo cui l'integrazione della dimensione di genere nella normativa e nell'azione politica e programmatica della Regione dovesse essere realizzata in osservanza del principio di «partecipazione e rappresentanza paritaria dei generi alla vita politica, economica, sociale, culturale e civile della comunità regionale e delle comunità locali»)[220]. Dopo anni di "ordinaria dimenticanza"[221], con legge reg. n. 18 del 21 luglio 2020, il legislatore è intervenuto a modificare la disciplina previgente, attraverso la

[218] Invero, la disposizione costituzionale surrichiamata impone (attraverso un decreto motivato del Presidente della Repubblica) lo scioglimento del Consiglio regionale e la rimozione del Presidente della Giunta qualora siano stati compiuti «atti contrari alla Costituzione o gravi violazioni di legge». Nel caso delle Regioni considerate, invece, si fa riferimento ad una violazione di legge che si manifesta *ab origine*, ossia prima delle consultazioni elettorali, e non in via successiva, attraverso atti posti in essere dagli eletti, come invece prevede la disposizione in commento.

[219] Cfr. Corte cost., sent. n. 29 del 3 febbraio 1987, punto n. 2 cons. dir.

[220] L. reg. 1 agosto 2008, n. 26 ("Integrazione delle politiche di pari opportunità di genere in Regione Liguria").

[221] L. Trucco, *Dal mar Ligure allo Ionio: norme elettorali "last minute" e rappresentanze di genere di "mezza estate"*, in *Consulta OnLine*, 10 agosto 2020, p. 2 ss.

soppressione del cd. *listino* e l'introduzione del meccanismo di matrice campana della doppia preferenza di genere[222] (in uno al limite di rappresentanza dello stesso genere pari al 60% previsto, a pena di inammissibilità, per le liste provinciali)[223]. Tale intervento, tuttavia, lungi dal rappresentare una scelta di natura *spontanea* del legislatore, costituisce l'esito di un *invito*, da parte del Governo, rivolto alle Regioni che ancora non avessero provveduto ad adeguare la propria legge elettorale ai vincoli paritari emergenti dalla legge statale n. 20/2016, specificando che l'inosservanza di tale monito avrebbe determinato l'utilizzo del potere sostitutivo previsto dall'art. 120, comma 2, Cost.

L'entrata in vigore, a ridosso delle consultazioni elettorali, della legge reg. n. 18 del 21 luglio 2020 non ha reso necessario, pertanto, l'utilizzo di tale potere, esercitato invece nei confronti della Regione Puglia per sopperire all'inerzia del legislatore regionale. In vista dell'imminente rinnovo del Consiglio regionale pugliese, pertanto, con d.l. n. 86 del 31 luglio 2020 (recante "Disposizioni urgenti in materia di parità di genere nelle consultazioni elettorali delle Regioni a Statuto ordinario"), convertito senza modificazioni dalla legge n. 98 del 7 agosto 2020, è stato introdotto il meccanismo della doppia preferenza di genere, da applicarsi «in luogo delle vigenti disposizioni regionali in contrasto con i principi della legge n. 165 del 2004».

L'intervento statale, tuttavia, non è stato accolto con entusiasmo in dottrina, producendo una stratificazione di osservazioni connotate da sfumature piuttosto critiche. Esso, infatti, è stato preceduto[224] da un atto di diffida del Presidente del Consiglio del 23 luglio 2020, con il quale si invitava la Regione ad adeguare la propria legge elettorale ai vincoli paritari previsti dalla legge statale n. 20/2016 entro il termine di cinque giorni[225], decorso inutilmente il quale sarebbe stato adottato «ogni ulteriore atto di cui il Governo ha facoltà secondo legge»: l'esiguità del margine temporale concesso alla Regione al fine di provvedere all'inserimento dei vincoli di riequilibrio statali è parso, tuttavia, non esattamente rispondente all'indicazione prevista dall'art. 8, comma 1, legge n. 131/2003,

[222] Art. 7, commi 1 e 5, l. reg. n. 18 del 21 luglio 2020.
[223] Art. 6, comma 2, l. reg. n. 18 del 21 luglio 2020.
[224] Ai sensi dell'art. 8, comma 1, della legge n. 131 del 5 giugno 2003 (recante "Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3").
[225] Sulla "profonda distonia" tra il binomio "atto di diffida – assegnazione del termine" rispetto all'esercizio della funzione legislativa regionale, quest'ultima connotata da un «un elevatissimo grado di discrezionalità, non subordinabile a condizioni e tempistiche eterodeterminate», cfr. P. Colasante, *Il Governo "riscrive" la legge elettorale della Regione Puglia con la doppia preferenza di genere. Profili problematici dell'esercizio del potere sostitutivo sulla potestà legislativa regionale*, in *www.federalismi.it*, 9 settembre 2020, p. 16 ss.

laddove si fa riferimento ad un «congruo termine» da assegnare all'ente interessato per adottare i provvedimenti considerati «dovuti o necessari»[226].

Sul punto, ha suscitato altresì forti perplessità la scelta del Governo di procedere all'intervento sostitutivo attraverso la decretazione d'urgenza, violando così l'art. 15, comma 2, lett. *b)*, legge n. 400/1988 (che inibisce la possibilità allo stesso di provvedere nelle materie indicate all'art. 72, comma 4 Cost. – tra le quali rientra anche la materia elettorale[227] – rimesse all'esame ed alla approvazione delle Camere), non essendo state chiarite le motivazioni concernenti la *necessità ed urgenza* sottese all'applicazione di tale strumento, considerato che nel preambolo del decreto si fa riferimento soltanto alle «imminenti scadenze elettorali» e alla tutela della «unità giuridica della Repubblica»[228]. Peraltro, non può non rilevarsi come dal decreto emerga un concetto un po' "dilatato" di «unità giuridica della Repubblica», considerato che il riferimento esplicito alle «imminenti scadenze elettorali» pugliesi e la nomina del Prefetto di Bari conducono a rilevare la specificità del rimedio in riferimento alla sola realtà pugliese, e non a tutto il territorio nazionale[229].

4. L'effettivo rendimento delle innovazioni legislative.

Gli esiti relativi all'introduzione delle misure in commento sono stati, per entrambi i contesti regionali ivi citati, piuttosto deludenti: invero, in Liguria la percentuale femminile eletta non ha subito variazioni rispetto alle precedenti competizioni, nonostante la mancata vigenza, in riferimento a queste ultime, di misure legislative di riequilibrio della

[226] Sul punto, cfr. le considerazioni critiche di M. Cosulich, Ex malo bonum? *Ovvero del decreto-legge n. 86 del 2020 che introduce la doppia preferenza di genere nelle elezioni regionali pugliesi*, in *www.federalismi.it*, 9 settembre 2020, p. 3 ss.; F. Covino, *Potere sostitutivo del Governo e doppia preferenza di genere nelle elezioni pugliesi di fine estate*, in *Osservatorio AIC*, n. 5/2020, p. 41 ss.

[227] Non sembra concordare su tale profilo T. Groppi (*"La Costituzione si è mossa": la precettività dei principi costituzionali sulla parità di genere e l'utilizzo del potere sostitutivo del governo nei confronti della Regione Puglia*, in *www.federalismi.it*, 9 settembre 2020, p. 12 ss.), rilevando come l'intervento sostitutivo in analisi abbia inciso "'in prevalenza' non sulla materia elettorale […], bensì sulla parità di genere".

[228] Si v. le perplessità manifestate da L. Trucco, *Dal mar Ligure allo Ionio*, cit., 14 ss. e Id., *Preferenza di genere e sostituzione legislativa della regione Puglia: quando il fine potrebbe già avere il mezzo*, in *Quad. cost*., n. 3/2020, p. 605 ss.; sottolinea altresì il "rischio" che la scelta del decreto-legge possa diventare una "pessima lettura per l'autonomia regionale", F. Corvaja, *Preferenza di genere e sostituzione legislativa della regione Puglia*, cit., p. 609 ss.

[229] M. Cosulich, Ex malo bonum?, cit., p. 9 ss.; nonché L. Trucco, *Dal mar Ligure allo Ionio*, cit., p. 14.

rappresentanza[230]; mentre in Puglia, l'applicazione della doppia preferenza di genere ha determinato soltanto l'elezione di due donne in più rispetto ai numeri registrati alle consultazioni del 2015[231]. I dati testimoniano, pertanto, un rendimento piuttosto basso delle manovre legislative in commento ai fini del riequilibrio della rappresentanza[232].

Il complessivo scenario ivi tratteggiato conduce a ritenere che il concreto raggiungimento di una effettiva parità dei sessi nella rappresentanza politica costituisca una problematica che difficilmente può essere risolta ricorrendo soltanto alle "armi del diritto"[233] in materia elettorale, considerata l'assenza di una spontanea adesione, da parte del sistema partitico, al concetto di *partecipazione politica egualitaria*. E le perplessità manifestate dal Sen. Calderoli nella seduta del 6 agosto 2020, n. 249 (in riferimento all'approvazione del citato d.l. n. 86/2020, concernente l'introduzione della doppia preferenza in Puglia) sembrano deporre in tal senso, rilevando come l'introduzione di meccanismi di riequilibrio della rappresentanza possano produrre ben poco se le donne continuano ad essere incluse nelle dinamiche politiche soltanto per soddisfare la quota prevista dalla normativa di riferimento o, peggio ancora, vengano considerate quali mere *portatrici di preferenze* per i candidati uomini (ipotesi piuttosto ricorrente, in particolare nei contesti regionali ove è previsto il meccanismo della doppia di preferenza di genere)[234].

---

[230] Invero, su trenta consiglieri regionali eletti, le consultazioni di settembre 2020 hanno decretato la vittoria soltanto di tre donne, analogamente all'esito della competizione elettorale del 2015 (svoltesi, come accennato, in assenza di meccanismi di riequilibrio). Per le consultazioni di settembre 2020, si v. i dati disponibili al seguente link:
https://www.regione.liguria.it/homepage/attivit%C3%A0-istituzionale/elezioni/elezioni-regionali-2020/seas.html; nonché, per la tornata elettorale del 2015, i dati disponibili all'indirizzo:
https://www.regione.liguria.it/homepage/attivit%C3%A0-istituzionale/elezioni/regionali-2015.html.

[231] In Puglia, infatti, la recente tornata elettorale si è conclusa con la presenza di appena otto donne in Consiglio su cinquanta membri (per un riepilogo, cfr. i dati al seguente indirizzo: *https://elezioni.interno.gov.it/regionali/scrutini/20200920/scrutiniRI160000000000*). Un lieve miglioramento rispetto al 2015 (allorquando la compagine consiliare era composta da appena 6 donne), ma si attendevano risultati di gran lunga diversi in forza dell'applicazione del meccanismo della doppia preferenza.

[232] Probabilmente determinato dalla circostanza che, almeno in relazione al caso pugliese, in varie circoscrizioni le segreterie dei partiti hanno presentato liste non conformi alla percentuale 60-40% né, tantomeno, 50-50%, eludendo così le misure di riequilibrio (pur essendo prevista, per siffatta violazione, una sanzione pecuniaria, ossia la riduzione dei contributi ai gruppi consiliari *ex* art. 8, comma. 13, l. reg. 28 gennaio 2005, n. 2). Sul punto, cfr. L. Trucco, *Preferenza di genere e sostituzione legislativa della regione Puglia*, cit., p. 607.

[233] L'insufficienza di un mero intervento legislativo ai fini del riequilibrio di genere nelle istituzioni politiche era già stato messo in evidenza da M. Ainis, *La riforma dell'art. 51 Cost. e i suoi riflessi nell'ordinamento*, in Aa.Vv., *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, cit., p. 25.

[234] «[I]n collegi che hanno a disposizione un numero di candidature che va da due a sette, quindi piuttosto piccolo, la doppia preferenza di genere danneggia il sesso femminile, perché normalmente il maschio è maggiormente infedele della femmina […]. Il maschio solitamente si accoppia con quattro o cinque rappresentanti del gentil sesso, cosa che la donna solitamente non fa. Il risultato è che il maschio si porta i

Probabilmente, sul versante partitico, una regolazione *esogena* in grado di comprimere siffatte dinamiche condurrebbe finalmente ad una seria attuazione del «metodo democratico» di cui all'art. 49 Cost., evitando così che il concetto di rappresentanza politica paritaria continui ad essere sostanzialmente eroso, nei suoi connotati di fondo e nei dettagli, dal concreto *modus operandi* dei partiti politici. In alternativa, potrebbe seriamente essere presa in considerazione la possibilità di adeguare la legge n. 20/2016 ai vincoli paritari previsti in relazione al versante sovranazionale, quantomeno in riferimento al sistema delle quote di lista (pari al 50% per i candidati di entrambi i sessi, a pena di inammissibilità della lista)[235], considerato il successo registrato sul versante applicativo. Nella speranza che i partiti non riescano ad elaborare, anche in tale ipotesi, ulteriori soluzioni idonee a comprimerne l'effettivo rendimento.

Abstract: Il mancato adeguamento di alcune Regioni ai principî paritari imposti dalla legge-cornice statale n. 20 del 15 febbraio 2016 ha reso necessario l'intervento del Governo attraverso l'esercizio del potere sostitutivo previsto dall'art. 120, comma 2, Cost. Tuttavia, siffatto intervento non è stato accolto con entusiasmo dalla dottrina, censurandone diffuse criticità in relazione ai presupposti applicativi e alle concrete modalità di esercizio dello stesso. L'insuccesso della manovra in commento si è registrata, altresì, sul versante del rendimento, considerato che non è riuscita ad approdare a risultati soddisfacenti in termini

voti di quattro o cinque signore e le signore non vengono elette» (cfr. intervento del Sen. Calderoli, Senato della Repubblica – XVIII legislatura – Resoconto stenografico dell'Assemblea, seduta del 6 agosto 2020, n. 249, 23 ss.). Sugli effetti negativi del cd. *ticket* (ossia il metodo secondo cui in campagna elettorale due candidati di genere diverso si presentano assieme), che tende a condurre le donne ad essere trasformate in "portatrici di voti" a favore degli uomini, si v. F. Ginesu, *Dove sono le donne nei consigli regionali?*, in *IlSole24ore*, 1 aprile 2019 e S. Cecchini, *La democrazia paritaria e le elezioni regionali in Sardegna del 24 febbraio 2019*, in *www.forumcostituzionale.it*, 31 marzo 2019, p. 10 ss.

[235] La legge n. 65 del 22 aprile 2014 ha introdotto, per le elezioni europee del 2014, il meccanismo della *tripla preferenza di genere*, ossia la facoltà per l'elettore di esprimere tre preferenze, di cui almeno una rivolta ad un candidato di genere diverso rispetto agli altri due indicati dallo stesso, pena l'annullamento della terza preferenza. Tale meccanismo è stato mantenuto per le elezioni del 2019, integrandolo con il sistema delle quote di lista (già previsto ed applicato a partire dalle elezioni del 2004, seppur in misura differente, atteso che la legge n. 90 dell'8 aprile 2004 prevedeva che ciascuna lista non potesse contenere più di 2/3 dei candidati del medesimo genere) pari al 50% per i candidati di entrambi i sessi, a pena di inammissibilità (inoltre, i candidati collocati ai primi due posti nella lista devono essere di genere diverso). Rispetto alle elezioni del 2014, è stata introdotta l'alternativa, in capo all'elettore, di esprimere una doppia o una tripla preferenza (purché rivolte a candidati di sesso diverso) ma con l'ulteriore obbligo, in tale ultimo caso, di annullamento sia della seconda che della terza preferenza (e non soltanto, quindi, della terza preferenza, come previsto per le elezioni del 2014) in caso di inosservanza del vincolo paritario da parte dell'elettore. Sul punto, cfr. M.G. Rodomonte, *L'eguaglianza senza distinzioni di sesso in Italia. Evoluzione di un principio a settant'anni dalla nascita della Costituzione*, Torino, 2018, p. 136 ss.

di riequilibrio della rappresentanza.

Abstract: The failure of some Regions to comply with the equal principles imposed by the state framework law n. 20 of February 15, 2016 made it necessary for the Government to intervene through the exercise of the substitute power provided for by art. 120, comma 2, of the Constitution. However, this intervention was not enthusiastically accepted by the doctrine, censoring widespread critical issues in relation to the applicative assumptions and the concrete ways of exercising it. The failure of the maneuver in question was also recorded on the performance side, considering that it was unable to achieve satisfactory results in terms of egalitarian gender representation.

Parole chiave: rendimento – rappresentanza politica paritaria – esercizio potere sostitutivo – Regioni – sistema elettorale

Key words: performance – egalitarian gender representation – substitute power – Regions – electoral system.

ARTICOLI, NOTE, COMMENTI

DEGENERAZIONI DELLA DEMOCRAZIA E LACUNE DEL LINGUAGGIO. RIFLESSIONI A PARTIRE DA ALBERTO LUCARELLI, *POPULISMI E RAPPRESENTANZA DEMOCRATICA*[*].

di Gennaro Ferraiuolo[**]

Negli studi sul populismo è ormai risalente l'immagine del *complesso di Cenerentola*: una scarpetta – quella appunto del populismo – confezionata con estrema cura dagli studiosi sul piano astratto, ma che poi difficilmente *calza* in maniera adeguata alle diversificate esperienze concrete che si pretende di ricondurre alla categoria[236]. Fin dal titolo - che declina l'oggetto di indagine al plurale: i *populismi* - il recente volume di Alberto Lucarelli sceglie di assumere tale dato, misurandosi criticamente con esso[237].

Per provare a cogliere l'estrema scivolosità del terreno che calpesta lo scienziato sociale quando osserva la variegata fenomenologia populista, vorrei partire dai contenuti di due recenti interviste. Nella prima, Roberto Maroni, alla vigilia delle elezioni politiche del 2018, si faceva promotore – dall'interno del partito guidato da Matteo Salvini - di strategie rivolte a contrastare l'affermazione delle forze populiste: il titolo del quotidiano annunciava, enfaticamente, "il gran manifesto anti populista di Maroni". L'intervistato, però, ricordava anche, con nostalgia, "i tempi di Umberto Bossi, quando la politica aveva la P maiuscola, quando fare politica significava voler fare la rivoluzione e non preoccuparsi solo di avere un posto in più nel parlamento romano"[238]. Più di recente, Matteo Renzi,

[*] *Sottoposto a referaggio*.
[**] Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università di Napoli "Federico II".
[236] L'immagine, proposta da Isaiah Berlin in una conferenza del 1967, è stata di recente ripresa, in Italia, da M. Tarchi, *Italia populista. Dal qualunquismo a Beppe Grillo*, Bologna, 2015, p. 27.
[237] Cfr. A. Lucarelli, *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli, 2020.
[238] Cfr. *Io, Salvini, il Cav. e Renzi. Il gran manifesto anti populista di Maroni*, intervista di Claudio Cerasa, *Il Foglio*, 11 gennaio 2018.

ponendosi criticamente rispetto alla gestione dell'emergenza pandemica da parte del Governo in carica – sostenuto da una maggioranza parlamentare che si compone anche del partito di cui Renzi è leader – ha affermato quanto segue: "dobbiamo abbandonare la superficialità e il populismo. E mettere in campo la Politica, quella con la P maiuscola"[239]. Siamo di fronte a due esponenti politici, appartenenti a partiti diversi, tendenzialmente associati a blocchi ideologici distinti, che pretendono di delimitare il confine tra la politica *con la P maiuscola* (a cui naturalmente si ascrivono) e il campo del populismo. Inquadrando questo tipo di discorsi attraverso alcuni degli apporti scientifici sul populismo emergono spunti interessanti.

La politica *con la P maiuscola* di Maroni, quella dei tempi di Umberto Bossi, era ricompresa, in uno più noti studi in materia, tra i principali fenomeni populisti delle democrazie occidentali: nel 2000, in riferimento alla Lega, Mény e Surel evidenziavano come "raramente la costruzione di una 'comunità immaginata' fosse stata tentata in maniera così insistente e maldestra"[240].

L'altro fautore della politica *con la P maiuscola* rappresenta invece uno dei principali sostenitori di un assetto della forma di governo sintetizzata nella "retorica e fuorviante immagine del sindaco di Italia"[241], con i suoi irrinunciabili corollari: *conoscere chi vince la sera stessa delle elezioni*; *un vincitore chiaro un minuto dopo i risultati*. Proprio il partito guidato da Matteo Renzi, anche dopo l'insuccesso delle iniziative portate avanti dal Governo a sua guida nella XVII legislatura che provavano a dare concretezza a quella idea, ha di recente rilanciato una campagna a sostegno del disegno: "con le regole di oggi nessuno può governare da solo. C'è solo un modello istituzionale che piace alla grande maggioranza degli italiani e che consente di governare per cinque anni dopo la vittoria elettorale: è il modello delle amministrazioni locali. Vogliamo che il voto degli italiani conti. Vogliamo che chi viene eletto possa fare sul serio"[242]. Anche in questo caso possiamo chiederci se non si scorgano tracce di populismo (magari di populismo *con la P maiuscola*) in visioni che prospettano, per dirla proprio con le parole di Lucarelli, un "quadro di

[239] Cfr. *Renzi: "Il Dpcm crea tensioni ma non ferma il virus. Conte non faccia il populista"*, intervista di Annalisa Cuzzocrea, *La Repubblica*, 28 ottobre 2020.
[240] Y. Mény e Y. Surel, *Par le peuple, pour le peuple*, Paris, 2000, trad. italiana *Populismo e democrazia*, Bologna, 2004, p. 283 ss. (citazione p. 285).
[241] M. Luciani, *Costituzione, istituzioni e processi di costruzione dell'unità nazionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2011, p. 8.
[242] È quanto si legge nel testo della petizione "Eleggiamo il Sindaco d'Italia", pubblicata nel sito web del partito *Italia Viva* [*https://www.italiaviva.it/il_sindaco_di_italia*, ultima consultazione 27 novembre 2020].

assoluta semplificazione del funzionamento della democrazia, che identificano i vincitori delle elezioni con il popolo"[243].

In entrambi gli esempi, non ci si muove sul solo versante delle modalità della comunicazione[244], ma si toccano direttamente i contenuti delle istanze politiche portate avanti. Ne deriva l'importanza – forse l'urgenza - di uno sforzo teso a mettere ordine nelle declinazioni di una categoria *multiforme* e *porosa*[245]; un ordine forse necessario anche a fini semplicemente discorsivi, per comprendere cosa si celi davvero dietro l'uso ricorrente di una parola.

In siffatta prospettiva Lucarelli, nel quadro di un'analisi ampia che guarda a diverse parti del mondo e a differenti fasi storiche, ritiene che il concetto di populismo, definito in alcuni tratti essenziali, si presti ad inquadrare fenomeni assai variegati: dal "movimento operaio occidentale, inteso come progetto di emancipazione (marxista) dalla subalternità, nella prospettiva di una conquista e direzione futura dello Stato da parte del popolo", con "il richiamo al potere dei lavoratori, contrapposto al potere del capitale, [che] costituisce lo sfondo mitico di una resistenza popolare al mondo moderno e alla rivoluzione industriale, soprattutto nei suoi esiti più 'selvaggi' e 'disumani'"[246]; al movimento ecologista *XR Extinction Rebellion*, "nato nel maggio 2018 in Gran Bretagna e presente in 72 Paesi del mondo"[247]; alle forze di matrice sovranista e antieuropea diffuse nel Vecchio Continente[248].

L'elemento che contraddistingue l'articolato itinerario dello studioso va individuato nel rifiuto di due meccaniche contrapposizioni (accolte invece in altre analisi dedicate al tema)[249]: quella tra populismo e costituzionalismo, quella tra populismo e rappresentanza[250].

Definita così, in termini estremamente ampi, la categoria, l'Autore procede a differenziare: tra "populismo di destra, teso all'autoritarismo e all'etnicismo, e […] populismo di sinistra,

---

[243] A. Lucarelli, *op. ult. cit.*, p. 49.
[244] Su tale profilo v. M. Manetti, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, p. 377 ss.
[245] A. Lucarelli, *op. ult. cit.*, p. 46.
[246] Ivi, p. 23.
[247] Ivi, p. 50.
[248] Ivi, p. 99 ss.
[249] Nella dottrina costituzionalistica italiana, cfr. ad esempio, di recente, P. Ciarlo, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete*, in *Rivista AIC*, n. 2/2018, spec. p. 5 ss.; G. Martinico, *Il diritto costituzionale come speranza. Secessione, democrazia e populismo alla luce della Reference Re Secession of Quebec*, Torino, 2019, p. 123 ss.
[250] A. Lucarelli, *op. ult. cit.*, *passim*, spec. 45 ss.

che pone l'accento sulle diseguaglianze sociali"[251]; tra un "populismo della partecipazione (anche nel suo interno teso al miglioramento qualitativo della rappresentanza)" e "un populismo di risultato, finalizzato al raggiungimento di atti decisori, a prescindere dal processo posto in essere"[252]; tra un "populismo liberista e sovranista" e un populismo "democratico, plurale, ecologista e sociale"[253]; tra un populismo che "declina la sovranità popolare attraverso più dimensioni dell'azione democratica […] ma non si contrappone aprioristicamente alla rappresentanza" e un populismo che "auspica modelli semplificati, governati e garantiti da un leader"[254]; tra un populismo che legge il territorio secondo logiche *escludenti* e *proprietarie* e quello che ne fa invece il "luogo ove esercitare diritti di cittadinanza, senza logiche predatorie ed estrattive"[255].

Seguendo quale linea analitica la valenza che tendono ad assumere i classici elementi costituivi dello Stato[256], siffatte distinzioni risultano costruite in rapporto al bagaglio ideologico delle istanze che di volta in volta sono fatte valere. Si può però anche ricorrere ad uno schema più astratto e neutrale, che conduce ad esiti analitici molto prossimi a quelli proposti nel volume; uno schema che si pone così come una sorta di *prova* dell'operazione classificatoria di Lucarelli, rivolta a confermarne l'esattezza del risultato.

È in tale direzione che assume rilievo la tensione tra *populismo* e *costituzionalismo*, nelle specifiche accezioni (dunque nelle convenzioni stipulative) proposte da Mény e Surel. Ai due termini della coppia non è attribuita dagli studiosi alcuna portata valutativa: essi denotano, semplicemente, gli spazi rimessi alla decisione politica (il *populismo*) e quelli ad essa sottratti (il *costituzionalismo*). Va notato – e qui un importante punto di contatto con la riflessione di Alberto Lucarelli - come la sfera della decisione politica sia intesa come decisione riconducibile al popolo nella veste di soggetto che si esprime anche, se non prima di tutto, attraverso il canale rappresentativo. Populismo e rappresentanza non vengono pertanto considerati come contrapposti: il primo non collide con la seconda, ma è in essa

[251] Ivi, pp. 45-46.
[252] Ivi, p. 90. Per una critica alla «ideologia dell'"efficienza" della decisione politica come valore in sé, cioè prescindente dalla causa e dallo scopo, "efficienza" da conseguire concentrando il potere nel singolo *leader* […] semplificando nel massimo grado le procedure di decisione», cfr. S. Staiano, *La rappresentanza*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017, p. 16.
[253] A. Lucarelli, *op. ult. cit.*, pp. 99-101.
[254] Ivi, pp. 103-105.
[255] Ivi, p. 109.
[256] Si tratta di un approccio al tema del populismo esplicitamente enunciato dall'Autore (ivi, p. 139 ss.).

inglobato. In questa lettura, il populismo è una componente ineliminabile della democrazia, nel suo ruolo di "vettore delle aspirazioni popolari"[257].

Gli ordinamenti democratici si reggono sull'equilibrio di questa tensione permanente: un equilibrio che può esprimersi in diversificati assetti, ma deve scongiurare l'appiattimento dicotomico su uno dei termini della coppia[258]. Una impostazione che possiamo in fin dei conti intravedere anche nell'art. 1 della Costituzione italiana: la sovranità popolare da una parte, il suo limite dall'altra. Si rischia senz'altro di fuoriuscire dalle coordinate della democrazia pluralista di fronte ad una sovranità popolare che non riconosce e accetta il limite[259]; ma anche allorquando il limite comprime eccessivamente i canali di espressione e affermazione della sovranità popolare possono generarsi pericoli per la tenuta degli assetti democratici.

È dunque la trasfigurazione della tensione permanente populismo-costituzionalismo in dicotomia escludente a determinare la degenerazione democratica: Mény e Surel parlano, a tal proposito, non più di semplice populismo ma di *ideologia populista*, innescata dalla eccessiva compressione del peso della decisione popolare nel sistema. L'ideologia populista si configura in questo modo come il sintomo (la *febbre*) di una "democrazia sofferente"per le carenze della componente responsiva della rappresentanza (la vera *malattia*)[260]. I movimenti populisti divengono un "effetto secondario del malessere democratico", "un valido e tempestivo promemoria del fatto che la democrazia non è data una volta e per tutte, ma rappresenta invece una costruzione che deve essere costantemente rinnovata"[261].

---

[257] Y. Mény e Y. Surel, *op. cit.*, p. 15, che si rifanno alla proposta analitica di J. Leca, *La démocratie à l'épreuve des pluralismes*, in *Revue française de science politique*, n. 2/1996, p. 230 ss. Nei termini riferiti, la tensione tra populismo e costituzionalismo può essere accostata a quella tra *democrazia popolare* e *democrazia costituzionale* (P. Mair *Ruling the Void. The Hollowing of Western Democracy*, London-New York, 2013, trad. it. *Governare il vuoto. La fine della democrazia dei partiti*, Soveria Mannelli, 2016, p. 13 ss.); o tra *political constitutionalism* e *legal constitutionalism* (R. Bellamy, *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, 2007, *passim*); o tra legittimazione *popolare* e legittimazione «basata sulla competenza tecnica, l'imparzialità e l'indipendenza, l'argomentazione razionale» (G. Pitruzzella, *Stato di diritto, indipendenza delle corti e sovranità popolare: armonia o conflitto?*, in *Rivista di diritti comparati*, n. 3/2018, p. 5).

[258] Secondo un approccio riconducibile a N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977, spec. p. 147, e di recente valorizzato, in relazione al tema della rappresentanza politica, da S. Staiano, *La rappresentanza*, cit., pp. 1-4.

[259] Esemplificativo di tale forma di degenerazione il discorso tenuto dal Presidente del Consiglio Conte alle Nazioni Unite il 26 settembre 2018, non a caso valutato criticamente in dottrina da G. Martinico, *op. cit.*, pp. 119-120.

[260] Y Mény e Y. Surel, *op. cit.*, pp. 24-26 e p. 60.

[261] Y Mény, *Populismo e democrazia in Europa*, in *Il Mulino*, n. 1/2005, pp. 11-12.

Anche Alberto Lucarelli – la prova conferma l'esattezza del risultato – intende proporre, muovendo dai populismi, un'analisi sullo "'stato di salute' della rappresentanza democratica"[262], sulla "cesura tra istanze dal basso e capacità di recepirle"[263], sul "cortocircuito rappresentanza-visibilità"[264]: perché "la matrice originaria del populismo si sviluppa in assenza di visibilità del popolo"[265]. È tutto questo – ecco il *tempestivo promemoria* – che lo induce a *prendere il populismo sul serio*, "senza ricorrere a facili e liquidatorie definizioni"[266], a considerarlo il sintomo che richiede, con urgenza, di risalire alla causa del problema: cause che sono individuate guardando essenzialmente alla crisi (o alla trasformazione) dei partiti politici e al sempre più massiccio trasferimento di poteri decisionali su terreni non presidiati dalla rappresentanza democratica ma dalla *governance*[267].

Un ulteriore passo può essere qui compiuto isolando, più nel dettaglio, i processi innescati dal *malessere democratico*, dalla eccessiva carenza di responsività del sistema, dalla *invisibilità* della rappresentanza. Tali processi si muovono in due differenti direzioni, verso due forme di ideologia e di semplificazione populista.

Da una parte, il rischio è che si assolutizzi, in chiave dicotomica, la domanda di responsività, affermando la pretesa di annullare del tutto la distanza tra rappresentanti e rappresentati e, dunque, difendendo una idea tutta immanente di rappresentanza[268]. La complessità della funzione di governo viene così ridotta a mera amministrazione, perché "il popolo sa ciò che vuole"[269]. Un siffatto esito è esemplificato dall'attacco al divieto del vincolo di mandato; o dalla prospettazione, molto diffusa in Italia in una certa fase, dei rappresentanti intesi quali meri *dipendenti* dei rappresentati.

L'altro movimento che si genera per effetto delle carenze responsive del sistema conduce ad una semplificazione di segno diverso: quella della "unificazione del popolo sotto un leader", di "un leader che unifichi o dia il senso ideologico di ciò che unisce il popolo", che tende di conseguenza a delineare assetti organizzativi del potere orientati alla forma

[262] A. Lucarelli, *op. ult. cit.*, p. 38.
[263] Ivi, p. 40.
[264] Ivi, p. 67.
[265] Ivi, p. 68.
[266] Ivi, p. 76.
[267] I due profili ricorrono in numerosi passaggi del volume di Alberto Lucarelli: in particolare, sul secondo dei versanti segnalati, i rilievi critici sono sviluppati ivi, p. 93 ss.
[268] In tema cfr. S. Staiano, *La rappresentanza*, cit., p. 14.
[269] Così I. Massa Pinto, *Rappresentanza*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017, p. 16 ss.

della *mono-archia*[270]. La rappresentanza, in questo caso, si fa tutta trascendente, protesa alla immedesimazione identitaria del popolo con il leader vincitore delle elezioni[271].

È rispetto a questo secondo esito che acquisisce particolare interesse, nel contesto dell'ordinamento italiano, una riflessione condotta attraverso le categorie del diritto costituzionale: guardando così al populismo non più dalla prospettiva della forma di Stato ma da quella, più circoscritta, della forma di governo (mantenendo comunque ferma l'idea che le inefficienze della seconda, oltre una certa soglia, si ripercuotono inevitabilmente sulla tenuta della prima)[272].

Il tema che si intende qui mettere in luce può trovare una chiara enunciazione, sul piano generale, nelle parole di Massimo Luciani, riprese da un lavoro pubblicato all'indomani della sentenza n. 35/2017 (ovvero della decisione con cui la Corte interveniva, per seconda volta in un ristretto arco temporale, sulla legge elettorale politica, dichiarandone l'illegittimità, si potrebbe dire, per gli *eccessi di trascendenza* degli assetti rappresentativi cui si mostrava ispirata). Per Luciani

> "la governabilità […] è stata per vent'anni il punto di riferimento di asfittiche, ma dominanti, ricostruzioni teoriche e di velleitarie, ma diffuse, pratiche politiche. […] La politica, in particolare, si è cullata nell'illusione di risolvere i propri problemi attraverso strumenti esclusivamente istituzionali e questa illusione è stata alimentata da una folta schiera di studiosi, messisi in gara per trovare le soluzioni più forzanti e rigide che si potessero immaginare […]. Colpa grave della politica, indubbiamente, ma imperdonabile della dottrina, che aveva a disposizione innumerevoli prove dell'impraticabilità di una simile strategia. […] I sistemi sociali occidentali sono attraversati da linee di tensione fortissime […]. Sistemi così articolati e conflittuali hanno bisogno di una qualche riduzione della loro complessità, certo, ma non si governano con la sola semplificazione. E il disagio deve essere in qualche modo rappresentato, altrimenti trova pericolosi canali extraistituzionali di manifestazione"[273].

---

[270] Sono le formule proposte da N. Urbinati, *Il populismo come confine estremo della democrazia rappresentativa. Risposta a McCormick e a Del Savio e Mameli*, in *Micromega – Il rasoio di Occam*, n. 2/2014 e in Id., *Un termine abusato, un fenomeno controverso*, in J.W. Müller, *Cos'è il populismo?*, Milano, 2017, p. XVII; v. ora, più ampiamente, Id., *Me The People. How Populism Trasforms Democracy*, Cambridge, 2019, trad. it. *Io, il popolo. Come il populismo trasforma la democrazia*, Bologna, 2020, p. 189 ss.

[271] Cfr, ancora S. Staiano, *La rappresentanza*, cit., p. 20, che descrive un siffatto esito come populismo *in senso proprio*.

[272] Sul punto cfr. S. Staiano, *La Repubblica parlamentare italiana e il suo sistema dei partiti*, in S. Staiano, G. Ferraiuolo e A. Vuolo (a cura di), *Partiti politici e dinamiche della forma di governo*, Napoli, 2020, p. 40.

[273] M. Luciani, *Bis in idem: la nuova sentenza della Corte costituzionale sulla legge elettorale politica*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017, p. 5.

Collocando il discorso su questo sfondo, è possibile spingersi su due più specifici versanti. Il primo permette di cogliere il modo in cui in Italia è stata diffusamente prospettata (e supportata) la transizione ad una formula elettorale maggioritaria. A venticinque anni dal referendum abrogativo del 1993, Mario Segni ha denunciato il "lavoro consapevole, lento, tenace e scellerato condotto dal sistema dei partiti" per distruggere un meccanismo maggioritario "che stava funzionando molto bene per la stabilità e il rapporto diretto cittadini-parlamentari"[274]. Un maggioritario, dunque, per scegliere *le persone contro i partiti*, questa la retorica utilizzata anche nella fase referendaria dei primi anni Novanta; un'idea di assetto maggioritario che poi, nella visione di Segni, gli stessi partiti sono, nel tempo, riusciti a sabotare. Viene qui da chiedersi, invero, a chi si riteneva sarebbe stata rimessa la scelta dei candidati da collocare nei collegi uninominali (che circoscrivono in maniera importante la scelta dell'elettore sulle persone), distinguendo tra collegi *sicuri*, *persi* e *contesi*; o chi avrebbe dovuto definire e mettere in opera le strategie coalizionali (e di *desistenza*), prima del voto innanzitutto, ma anche all'esito delle crisi di governo, registratesi anche in ambiente maggioritario, in ragione di aggregazioni – partitiche! - eterogenee, che Gianni Ferrara qualificava in termini di coalizioni "coatte"[275].

In realtà Norberto Bobbio, già nel 1946, segnalava come "soltanto gli uninominalisti italiani guardano all'Inghilterra come a quel paese in cui il collegio uninominale costituirebbe un argine all'ingerenza del partito nelle elezioni e uno strumento idoneo a personalizzare le candidature"; il collegio uninominale – avvertiva Bobbio - "non sposta neppure di un millimetro la lotta politica dal partito alla persona"[276]. Nella stessa occasione, il filosofo evidenziava anche come lo slittamento di potere negli equilibri della forma di governo del Regno Unito non muovesse affatto dal Parlamento al Governo (o al *Premier*) ma, piuttosto, dal Parlamento ai partiti: sono Parlamento e partiti ad essersi *scambiati di posto*; la presenza di "grandi partiti democraticamente organizzati al servizio della democrazia [...] ci dà il miraggio di un governo forte"[277]. Tutto ciò spiega anche perché, circa mezzo secolo dopo, proprio negli anni del passaggio al maggioritario, Bobbio rileverà

[274] Cfr. *Segni: a 25 anni dal referendum i partiti hanno riportato il caos*, in *Corriere della sera*, 19 aprile 2018.
[275] Cfr. G. Ferrara, *La posizione attuale del Governo nell'ordinamento costituzionale e le proposte di riforma. Riflessioni sul decennio 1993-2003 della storia costituzionale italiana*, in AA.VV., *Studi in onore di Fausto Cuocolo*, Milano, 2005, p. 437.
[276] Così nel testo della conferenza tenuta a Roma il 7 aprile 1946: cfr. N. Bobbio, *I partiti politici in Inghilterra*, in Id., *Tra due repubbliche. Alle origini della democrazia italiana*, Roma, 1996, p. 54.
[277] Ivi, p. 69.

la *contraddittorietà* di due campagne congiuntamente condotte: "per un governo stabile, da un lato, e contro il sistema dei partiti, dall'altro, mentre solo un riassetto delle forze politiche [...] sarebbe la prima condizione per una maggiore stabilità di governo"[278].

Il secondo versante su cui ragionare concerne gli assetti organizzativi fondati sulla *torsione monocratica*, sulla *unidimensionalità del potere*[279]: una elezione diretta del vertice dell'Esecutivo non separata dall'elezione dell'assemblea, ma che anzi ne condiziona in maniera decisiva la composizione per effetto del premio di maggioranza. Un modello che si afferma nei Comuni e che si prova poi a replicare, in maniera più o meno compiuta, fino al livello statale, sia attraverso interventi sulla legislazione elettorale[280] sia attraverso tentativi – non giunti ad esito – di revisione costituzionale (nel 2006 e nel 2016)[281]. Il livello su cui quel tipo di assetto si afferma nella sua veste più compiuta (ed estrema) è però quello regionale: a mo' di bilancio, si potrebbero osservare le dinamiche politico-istituzionali innescate da siffatti moduli organizzativi del potere negli ultimi vent'anni. Di recente è stato intravisto, negli ultimi risultati elettorali, il consolidarsi a livello regionale di uno schema bipolare[282]. Ma questo significa che i sistemi di governo delle regioni siano andati disponendosi, negli ultimi venti anni, seguendo una sorta di logica Westminster?

[278] N. Bobbio, *Tra due repubbliche*, cit., p. 121.

[279] Di *torsione monocratica* e *unidimensionalità* della rappresentanza discorre, in diversi passaggi, S. Staiano, *Costituzione italiana: art. 5*, Roma, 2017, *passim*.

[280] Si tratta della legislazione elettorale in cui inizia a farsi spazio l'idea del *capo* della forza politica (o della coalizione), secondo quanto disposto dall'art. 14-bis, co. 3, del DPR n. 361/1957, introdotto dalla legge n. 270 del 2005, confermato dalla legge n. 52 del 2015 e supportato da quegli automatismi premiali che saranno poi censurati dalla Corte costituzionale con le sentenze n. 1/2014 e n. 25/2017.

[281] Nella revisione costituzionale portata avanti tra il 2005 e il 2006 («Modifiche alla Parte II della Costituzione», approvata in seconda votazione a maggioranza assoluta dei membri delle Camere, in *Gazzetta Ufficiale*, Serie generale n. 269 del 18 novembre 2005), si profilava la formale candidatura alla guida dell'Esecutivo, secondo modalità rimesse alla legge elettorale, che avrebbe dovuto «favorire la formazione di una maggioranza, collegata al candidato alla carica di Primo ministro»; si introduceva, inoltre, una clausola *simul simul*, temperata soltanto da un'inedita sfiducia costruttiva, tesa a cristallizzare la «maggioranza espressa dalle elezioni», maggioranza che non tollerava alterazioni, essendo il Primo ministro tenuto a dimettersi anche laddove la mozione fosse stata respinta «con il voto determinante di deputati non appartenenti alla maggioranza espressa dalle elezioni» (si vedano, in particolare, gli artt. 27, 30 e 32 del progetto).

Nel 2016 (testo di legge costituzionale approvato in seconda votazione a maggioranza assoluta, ma inferiore ai due terzi dei membri di ciascuna Camera, recante «Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione», in *Gazzetta Ufficiale*, Serie generale n. 88 del 15 aprile 2016), la trasformazione della forma di governo in chiave unidimensionale era demandata, in larga parte, alla legge elettorale (n. 52 del 2015): tuttavia profonde risultavano le implicazioni tra gli interventi condotti ai due livelli normativi (sul punto, si consenta di rinviare alle osservazioni sviluppate in G. Ferraiuolo, *La via delle leggi elettorali verso la revisione della forma di governo*, in *federalismi.it*, n.7/2016).

[282] Così M. Rubechi e A. Sterpa, *Elezioni regionali 2020: nuovi elementi di differenziazioni dei sistemi politici regionali?*, in *federalismi.it*, 23 settembre 2020, *passim*, spec. p. 8 e p. 15 ss.

In generale, non sembra democraticamente rassicurante il dato di presidenti eletti con il 70, o con il 76 per cento di voti[283]: ciò dovrebbe quantomeno indurre a interrogarsi su quanto di quel consenso sia ascrivibile a logiche *di influenza* e quanto a logiche *di dominio*[284] (tanto più nei contesti territoriali dove gli apparati istituzionali e amministrativi non sembrano spiccare, almeno ad uno sguardo superficiale, per efficienza e qualità). Occorre inoltre chiedersi che tipo di semplificazione politica sia dato riscontrare in sistemi in cui, ad esempio, la coalizione del Presidente vincente è composta da quindici liste, di cui ben dodici (parliamo della sola maggioranza) ottengono seggi in un'assemblea legislativa di cinquantuno componenti[285]. Nella prima ondata della pandemia, abbiamo poi visto presidenti di regione impegnati in una "disordinata corsa a riempire veri o presunti vuoti di disciplina o a dar luogo a normative anche fortemente differenziate non solo per obiettive necessità di adeguamento a situazioni locali, ma anche per pura polemica politica con il Governo nazionale o per smania individualistica di visibilità, in vista del possibile, successivo sfruttamento elettorale"[286]. E continuiamo a vedere oggi, nella seconda ondata della pandemia, i medesimi presidenti, rieletti, che cambiano repentinamente strategie nella gestione dell'emergenza, alla ricerca della costante identificazione con i sentimenti del popolo che devono personificare[287]. Tutto questo non si produce peraltro nelle sedi

[283] Si tratta dei risultati riportati dai presidenti eletti lo scorso settembre, rispettivamente in Campania e Veneto. Essi sono tuttavia il riflesso più evidente di una tendenza più generale: per una puntuale disamina dei risultati alla luce di alcuni degli indici di personalizzazione individuati dalla dottrina politologica (in ispecie cfr. F. Musella, *Governi monocratici. La svolta presidenziale nelle regioni italiane*, Bologna, 2009, p. 93 ss.), v. S. Cafiero, *I «governatori» e la pandemia. Il balzo della politica personale nelle elezioni regionali del settembre del 2020*, in *Rivista AIC*, n. 4/2020 (in corso di pubblicazione).

[284] Occorrerebbe in altri termini comprendere, attraverso «il modulo del "*network* sociale" […] quanto […] appartenga al campo delle "relazioni di influenza", cioè al campo della trasmissione intenzionale di comunicazione, al fine di modificare l'opinione dei destinatari; e quanto alle "relazioni di dominio", nelle quali l'attore politico controlla il comportamento di altri attori promettendo premi o minacciando sanzioni» (la proposta analitica è formulata da S. Staiano, *Prolegomeni minimi a una ricerca forse necessaria su forma di governo e sistema dei partiti*, in *federalismi.it*, n. 3, 2012, p. 20).

[285] I dati sono riferiti all'esito delle ultime elezioni campane, ma anche in questo caso sembrano esemplificare tendenze oramai di lungo periodo: sia consentito, sul punto, rinviare a G. Ferraiuolo, *Poteri e livelli di governo statale e regionali*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2014, p. 41 ss., e alla bibliografia ivi citata.

[286] G. Silvestri, *Covid-19 e Costituzione*, in *unicost.eu*, 10 aprile 2020. Paradigmatica, nella medesima direzione, la vicenda analizzata da A. D'Aloia, *L'art. 120 Cost., la libertà di circolazione e l'insostenibile ipotesi delle ordinanze regionali di chiusura dei 'propri confini'*, in *Dirittifondamentali.it*, 18 aprile 2020. Più in generale, sul punto, cfr. F. Musella, *I poteri di emergenza nella Repubblica dei Presidenti*, in S. Staiano (a cura di), *Nel ventesimo anno del Terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, Napoli, 2020, p. 701 ss.

[287] Sul populismo inteso come forma di *rispecchiamento* (una «tecnica che pretermette la formulazione di programmi politici, intorno alla cui elaborazione e attuazione ricercare il consenso attraverso la verifica nel tempo, e asseconda invece pulsioni maggioritarie, spesso non internamente coerenti, rilevate attraverso sondaggi, in modo da ottenere adesioni di tipo plebiscitario»), cfr. S. Staiano, *Né modello né sistema. La*

istituzionali, al cospetto delle forze (regionali) di opposizione, che controllano, incalzano e lavorano alla prospettiva dell'alternanza degli *uomini* e dei *programmi*, come vorrebbe una sana logica bipolare-contrappositiva[288]; tutto avviene in polemica, spesso aspra, con il Governo nazionale, o con qualche singolo ministro, attraverso messaggi diramati in rete, senza neanche un momento di interlocuzione con la stampa[289]. Nelle vicende della pandemia, a fronte delle inedite modalità di produzione normativa a cui si è assistito[290], si sono levate numerose voci critiche a reclamare un recupero di ruolo del Parlamento; dell'esistenza dei consigli regionali sembra invece ci si sia ormai completamente dimenticati.

Il modo in cui è stata diffusamente presentata e sostenuta la prospettiva maggioritaria (le *persone buone*, contro i *partiti cattivi*); le numerose iniziative riformatrici ispirate dai "fanatici dell'elezione diretta"[291], trasversalmente portate avanti dalle forze politiche negli ultimi trent'anni: è riscontrabile un legame tra questi fenomeni e le forme di populismo progressivamente emerse in Italia?

Il dibattito politico e l'analisi scientifica si concentrano spesso sul populismo orgogliosamente rivendicato, urlato, talvolta esemplificato da una espressione triviale. Ma potrebbero operare – e affermarsi - forme di populismo più silenziose, ma proprio per questo non meno subdole e pericolose, che finiscono con il preparare il terreno di coltura dei primi. Si torna così al punto da cui sono partito: alle parole, all'ambiguità delle etichette e del loro utilizzo. In un libro del 1995, Micheal Billig prospettava il concetto di

---

produzione del diritto al cospetto della pandemia, in S. Staiano (a cura di), *Nel ventesimo anno*, cit., p. 42 ss. (citazione p. 42).

[288] È Lepoldo Elia che descriveva il modello Westminster come quello in cui i fluidi canali di comunicazione tra Esecutivo, partito di maggioranza ed elettori consentono a questi ultimi di «determinare *men and measures* in un'estensione che è esclusa per gli elettori degli altri Paesi», realizzando un'efficace sintesi tra democrazia di investitura e di operazione (e, ciononostante, lo studioso non rinunciava ad esprimere alcune perplessità nei confronti di «uno *status* privilegiato dell'esecutivo che eccede, in qualche modo, le esigenze di efficienza»): cfr. L. Elia, (voce) *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIX, Milano, 1970, p. 650. Per i medesimi motivi, il costituzionalista riteneva *ideologico* ascrivere «alla "democrazia immediata" la nomina del *Premier* inglese» (Id., *Prolegomeni ad ogni futura riforma*, in *Micromega*, n. 4/1992, ora in Id., *Costituzione, partiti, istituzioni*, Bologna, 2009, pp. 430-431).

[289] Anche per tali profili, legati al piano della comunicazione, si rinvia a S. Cafiero, *op. cit.*, e alla bibliografia ivi richiamata.

[290] Sul punto, tra i tanti, cfr. S. Staiano, *Né modello né sistema*, cit., p. 11 ss.; G. Silvestri, *op. cit.*; M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo (Giurcost.org)*, 11 aprile 2020; A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista Aic*, n. 2/2020, p. 558 ss.

[291] In tali termini si esprime L. Elia, *Introduzione*, in M. Olivetti, *Nuovi statuti e forma di governo delle regioni. Verso le Costituzioni regionali?*, Bologna, 2002, p. XIV, rispetto a coloro che si mostrano «propensi ad una fiducia illimitata nel binomio monocrazia-democrazia, che ha abbagliato troppi novatori».

nazionalismo banale[292]. Per lo studioso, contrariamente a quanto potrebbe suggerire l'aggettivo, la valenza *banale* del nazionalismo non ne mette in luce la marginalità ma la forza e il radicamento. Un radicamento talmente profondo da rendere spesso il nazionalismo lo scenario non focalizzato (e dunque non messo in discussione) di molte delle riflessioni condotte nei più svariati ambiti di studio o di dibattito. La banalità, in tal senso, indica una "ideologia che è ormai talmente familiare da essere assai difficile da notare"[293]: essa, per quanto in apparenza assente dal piano analitico, di fatto ne orienta in maniera decisiva gli esiti, facendo sì che il nazionalismo sia sempre considerato come "qualcosa che appartiene ad altri, non a 'noi'"[294]. Billig mette così in luce le "lacune del linguaggio che permettono al nazionalismo banale di esser dimenticato"; lacune del linguaggio mai innocenti, che "sono anche lacune del linguaggio della teoria"[295].

Tale approccio potrebbe essere esteso alla categoria del populismo, per individuare una forma *banale* di populismo: quello che opera da posizioni di potere che consentono di etichettare i populismi, assegnando alla formula una valenza stigmatizzante funzionale alla conservazione di quelle medesime posizioni[296]; e che, al contempo, ricorre a schemi (comunicativi, ideologici, organizzativi) che rivelano una stretta familiarità con quelli tipicamente associati al populismo. Il populismo, anche qui, sarà sempre e solo degli altri, manifestandosi quello che è stato definito il "vizio metodologico di una sorta di populismo degli antipopulisti, cioè di quella irresistibile tendenza alla semplificazione estrema di tanta ideologia populista"[297].

Di fronte alla confusione terminologica e concettuale, l'analisi – quella politica e quella scientifica - rischia di fermarsi esclusivamente alla considerazione dei sintomi, senza risalire alle cause profonde delle degenerazioni della democrazia[298]; e di contribuire alla

---

[292] M. Billig, *Banal Nationalism*, London, 1995, trad. it. *Nazionalismo banale*, Soveria Mannelli, 2018.
[293] Ivi, p. 25.
[294] Lo studioso critica, in altri termini, l'uso *fuorviante* e *comunemente accettato* «della parola "nazionalismo". Essa infatti sembra collocare il nazionalismo ai margini dello Stato nazionale. […] Di conseguenza, quanti vivono in nazioni consolidate – al centro di tutto – sono indotti a vedere il nazionalismo come qualcosa che appartiene ad altri, non a "noi". È qui che l'idea comunemente accettata diviene fuorviante: a essa sfugge infatti il nazionalismo degli Stati nazionali occidentali» (ivi, pp.12-13).
[295] Ivi, p. 15 e p. 19.
[296] In tal senso, cfr. É. Balibar, *Europe: crise et fin?*, Lormont, 2016, trad. it. *Crisi e fine dell'Europa?*, Torino, 2016, p. 73.
[297] Così Sandro Staiano nella recensione al volume qui in commento (*Il viaggio di Lucarelli nei populismi*), pubblicata in *La Repubblica* (edizione di Napoli) del 18 novembre 2020.
[298] Per alcune convincenti analisi in tale direzione, da diverse angolazioni disciplinari, si vedano ad esempio T. Piketty, *Capital et idéologie*, 2020, trad. it. *Capitale e ideologia*, Milano, 2020, spec. p. 834 ss.; G. Orsina, *La democrazia del narcisismo. Breve storia dell'antipolitica*, Venezia, 2018, spec. p. 102; J. Fernández-

esaltazione di rimedi inefficaci (o addirittura controproducenti) e alla assuefazione al populismo, alla sua - *à la* Billig – banalizzazione. Anche su tale piano, dunque, è quanto mai opportuno un impegno a superare le lacune del linguaggio e della teoria: in tale direzione, il libro di Alberto Lucarelli offre senz'altro un utile contributo.

Abstract: Prendendo spunto da un recente volume, lo scritto considera alcune categorie analitiche elaborate in riferimento ai fenomeni populistici, declinandole in rapporto alle evoluzioni dell'ordinamento italiano. In questa seconda prospettiva, si guarda sia alla prospettiva, nazionale, della cd. transizione maggioritaria, sia all'evoluzione e al rendimento della forma di governo delle regioni italiane.

Abstract: Taking into account a recent book, the paper considers some analytical categories developed in reference to populist phenomena, declining them in relation to the evolution of the Italian legal system. Moving from this second point of view, the paper looks at both the national perspective of the majoritarian electoral system and the evolution and performance of the form of government of the Italian Regions.

Parole chiave: populismo – rappresentanza politica – forma di governo – sistemi elettorali – partiti politici.

Key words: Populism – political representation – form of government – electoral system – political parties.

Albertos, *Antisistema. Desigualdad económica y precariado político*, Madrid, 2018, spec. 71 ss.; M. Revelli, *Populismo 2.0*, Torino, 2017, spec. p. 39 ss.

MATERIALI

IL TRASFERIMENTO DEI DATI PERSONALI NELLA SENTENZA SCHREMS II: DAL CONTENUTO ESSENZIALE AL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ E RITORNO*.

di Raffaele Bifulco**

Sommario. 1. Introduzione. – 2. I fatti di causa. – 3. Sicurezza pubblica e trasferimento dei dati. – 4. Quale livello di protezione per il trasferimento dei dati? – 5. Autorità di controllo e Commissione nella valutazione delle clausole di protezione tipo. – 6. Clausole di protezione tipo e decisione di adeguatezza. – 7. La decisione 'scudo per la privacy' alla luce dell'art. 52, par.1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. – 8. Conclusioni: dal contenuto essenziale al principio di proporzionalità e ritorno.

1. Introduzione.

Nel 2015 la Corte di giustizia aveva annullato la decisione della Commissione europea nota come "approdo sicuro" (*Safe Harbour*)[299]. Con tale decisione la Commissione aveva espresso una valutazione di adeguatezza del diritto statunitense in materia di protezione dei dati nell'assicurare un livello di protezione dei dati personali equivalente a quello che richiede il diritto dell'Unione europea. A provocare la sentenza fu uno studente austriaco, che, alla luce delle rivelazioni di E.Snowden sui sistemi di sorveglianza elettronica statunitensi, chiedeva al Commissario per la protezione dei dati irlandese di impedire che Facebook trasferisse i propri dati dall'Irlanda verso la casa madre ubicata negli Stati uniti. Quello stesso studente, Maximilian Schrems, è all'origine della sentenza della Corte di giustizia, cui sono dedicate queste pagine. La nuova sentenza è sostanzialmente in linea di

* *Pubblicazione destinata agli scritti in onore di Mario Bertolissi*.
** Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università LUISS "Guido Carli".
299 Corte di giustizia dell'Unione europea, 6 ottobre 2015, C-362/14, *Schrems* (da ora sentenza Schrems I). Per un commento sia permesso rinviare a R.Bifulco, *La sentenza Schrems e la costruzione del diritto europeo della privacy*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2016, 289-307

continuità con il precedente del 2015 ed è coerente anche con le più recenti sentenze della Corte in materia di protezione dei dati, evocate nel corso della decisione. Tuttavia essa contiene anche elementi di novità riguardanti, in particolare, il rapporto tra la decisione di adeguatezza della Commissione e le clausole tipo di protezione e il ruolo delle autorità di controllo che viene ulteriormente rafforzato. Rivela interesse anche per il parametro del giudizio che in essa viene utilizzato. Nel 2015 il parametro era la direttiva 95/46, oggi esso è divenuto il Regolamento (UE) 2016/679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (da ora anche il Regolamento o RGPD)[300].

Anche in questo caso la Corte annulla la nuova decisione di adeguatezza della Commissione, nota come "scudo per la privacy", riaprendo così la questione di una adeguata regolamentazione del regime di trasferimento dei dati verso un paese terzo. Ma questo è forse l'aspetto più appariscente, per così dire, della sentenza. La pronuncia della Corte interviene infatti su questioni nuove di notevole rilevanza per il trattamento dei dati personali, enfatizzando in particolare il ruolo dei titolari dei dati personali e dei destinatari del trasferimento dei dati nel paese terzo. Si tratta di un serio richiamo alle responsabilità che i grandi *players* di Internet e della gestione dei dati devono assumersi se vogliono essere presenti sul mercato europeo. Chiamati dalla decisione a valutare attentamente le caratteristiche degli ordinamenti giuridici di destinazione dei dati, l'adeguatezza di questi ordinamenti a garantire un livello di tutela dei dati personali omogeneo agli standard europei, l'affidabilità dei destinatari del trasferimento, i titolari di dati personali che vogliano trasferirli al di fuori dell'Unione dovranno essere non solo attrezzati ma consapevoli delle responsabilità cui vanno incontro. E il compito non sarà dei più facili, soprattutto se i destinatari dovessero trovarsi in ordinamenti poco trasparenti e restii a svelare le proprie tecniche di sorveglianza elettronica. Insieme ai titolari dei dati personali, la decisione pone in rilievo il ruolo che le autorità di controllo (da noi il garante per la privacy) devono assumersi nel valutare l'operato dei titolari dei dati personali in caso di trasferimento degli stessi verso paesi terzi. A dirla tutta, la sentenza in commento potrebbe

[300] In verità, la domanda di pronuncia pregiudiziale fa ancora riferimento alle disposizioni della direttiva 95/46 che, però, nel corso del complesso giudizio principale, è stata abrogata e sostituita dal RGPD. Poiché il Commissario irlandese non aveva ancora adottato una decisione definitiva sulla denuncia di M. Schrems al momento dell'entrata in vigore del RGPD, e cioè il 25 maggio 2018, la Corte ha deciso di rispondere alle questioni tenendo presente le disposizioni del RGPD e non quelle della direttiva 95/46 (punti 77 e 78 della sentenza).

addirittura essere all'origine di rischi di una frammentazione della tutela o, meglio ancora, di una tutela a macchia di leopardo, legata alle specificità ordinamentali e alla maggiore sensibilità di qualche autorità di controllo di uno Stato membro rispetto ad altre.

La sentenza in commento va quindi ben oltre la pur importante questione del trasferimento dei dati verso gli Stati Uniti. Come si mostrerà più nel dettaglio, la decisione Schrems II ha un rilievo di politica transnazionale del diritto che oltrepassa il caso deciso, poiché essa innalza decisamente l'asticella del livello di tutela che tutti coloro che sono attivi nel mercato europeo devono poter superare se non vogliono essere eliminati da questa importantissima fetta di mercato.

Ora la palla torna alla Commissione, che dovrà mettersi al lavoro per trovare un nuovo compromesso con gli Stati Uniti. Le due sentenze Schrems offrono direttive abbastanza chiare alla Commissione, che non dovrebbe più incorrere in concessioni pericolose agli Stati Uniti (come, ad esempio, la prevalenza dei motivi di sicurezza e di difesa nazionale, bocciata per ben due volte dalla Corte di giustizia). E forse dovrebbero essere cercate nuove soluzioni da parte della Commissione e degli Stati Uniti rispetto a quelle percorse fino ad ora senza grande successo. La strada passa, come si vedrà, attraverso la cruna del diritto fondamentale a un ricorso effettivo.

2. I fatti di causa.

La sentenza origina da un processo avviato da Maximilian Schrems contro il Commissario per la protezione dei dati irlandese relativamente al trasferimento dei dati effettuato da Facebook Ireland verso la casa madre (Facebook Inc.) ubicata negli Stati Uniti, dove tali dati vengono sottoposti a trattamento. Schrems aveva già chiesto nel 2013 al Commissario di vietare a Facebook di trasferire i dati in suo possesso verso gli Stati Uniti e il rigetto della sua denuncia fu all'origine, come si è detto, della sentenza Schrems I, con la quale la Corte aveva dichiarato invalida la decisione 2000/520 della Commissione secondo la quale gli Stati Uniti garantivano un livello adeguato di protezione dei dati. A seguito di tale sentenza l'Unione europea e gli Stati Uniti hanno condotto nuove e non facili trattative per trovare un assetto della disciplina del trasferimento dei dati capace di superare le obiezioni della Corte di giustizia. Raggiunto un nuovo compromesso (noto come 'scudo per la

privacy'), la Commissione ha adottato la decisione di esecuzione (UE) 2016/1250 sull'adeguatezza della protezione offerta dal nuovo regime. Si noterà che anche questa decisione viene assunta vigente ancora la direttiva 95/46.

Schrems ha così riformulato la propria denuncia, evidenziando in particolare l'obbligo in capo a Facebook Inc. di mettere a disposizione delle autorità statunitensi (tra cui la *National Security Agency* e il *Federal Bureau of Investigation*) i dati in possesso di Facebook. L'indagine avviata dal Commissario irlandese confermava i rischi evidenziati da Schrems, osservando in particolare che le clausole tipo di protezione dei dati contenuti nella decisione CPT [301] non erano idonee a garantire i dati personali dei cittadini europei, in quanto esse non vincolavano le autorità statunitensi. È su questa base, e ovviamente sulla base del precedente costituito da Schrems I, che il Commissario si è rivolto nuovamente all'*High Court* irlandese, la quale, il 31 maggio 2018, ha rivolto alla Corte di giustizia l'articolato rinvio pregiudiziale, all'origine della sentenza in commento.

Le questioni pregiudiziali sono sintetizzate dalla Corte nella maniera seguente: 1) se il RGPD si applichi al trasferimento dei dati personali tra operatori economici qualora vi sia la possibilità che essi siano trattati da un paese terzo per fini di sicurezza pubblica, di difesa e di sicurezza dello Stato (punto 80); 2) quale sia il livello di protezione richiesto dall'art.46 del Regolamento nel caso di trasferimento dei dati personali verso un paese terzo effettuato sulla base di clausole tipo di protezione dei dati (punto 90); 3) se l'autorità di controllo competente sia tenuta a sospendere o proibire il trasferimento dei dati personali effettuato sulla base di clausole contrattuali tipo adottate dalla Commissione nel caso in cui suddetta autorità ritenga che tali clausole non sono o non possono essere rispettate nel paese terzo e che la protezione dei dati trasferiti richiesta dal diritto dell'Unione non possa essere garantita (punto 106); 4) se la decisione CPT sia valida alla luce degli artt.7, 8 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (punto 122); 5) se la decisione "scudo per la privacy" garantisca un livello adeguato di protezione dei dati personali ai sensi dell'art. 45 RGPD (punto 160).

[301] La decisione CPT (decisione di esecuzione (UE) 2016/2297) ha modificato la precedente decisione 2010/87/UE della Commissione del 5 febbraio 2010, relativa alle clausole contrattuali tipo per il trasferimento di dati personali a incaricati del trattamento stabiliti in paesi terzi a norma della direttiva 95/46.

3. Sicurezza pubblica e trasferimento dei dati.

La prima questione di rilievo risolta dalla Corte riguarda l'applicabilità del Regolamento ai casi di trasferimento dei dati personali verso un paese terzo nel quale tali dati possano essere trattati dalle autorità del paese medesimo a fini di sicurezza, di difesa e di sicurezza dello Stato.

Le obiezioni in senso contrario delle parti costituite non erano poche. Soprattutto il giudice del rinvio chiedeva se l'art.4, par.2, TUE, secondo cui all'interno dell'UE la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza degli Stati membri, potesse rappresentare una base per la non applicazione del RGPD alla fattispecie concreta, in cui il trasferimento dei dati personali può portare al trattamento degli stessi da parte delle autorità del paese terzo a fini di sicurezza pubblica, di difesa e di sicurezza dello Stato. La Corte ritiene che la disposizione del TUE non sia pertinente.

È il concetto di trattamento per come sviluppato all'interno degli artt. 2 e 4 del Regolamento che porta a tale conclusione. Infatti, poiché l'art. 4, par. 2, del Regolamento non distingue le operazioni di trattamento a seconda che siano realizzate all'interno dell'Unione o presentino un nesso con un paese terzo, la Corte può sostenere che il trasferimento di dati personali da uno Stato membro verso un paese terzo costituisce trattamento ai sensi dell'art. 4 Reg., trattamento al quale il Regolamento si applica in forza dell'art. 2, par.1 (punto 83) (ma in senso diverso era andato l'Avvocato generale: cfr. punto 104 delle sue conclusioni). La Corte ritiene peraltro che la disciplina specifica del trasferimento dei dati non possa farsi rientrare nei casi di espressa esclusione del Regolamento previsti dall'art.2, par.2, del Regolamento (punto 85).

4. Quale livello di protezione per il trasferimento dei dati?

Seguendo le domande del giudice irlandese, la Corte di Lussemburgo affronta poi la questione del livello di protezione richiesto dall'art. 46 per il caso di un trasferimento di dati personali verso un paese terzo effettuato sulla base di clausole tipo di protezione dei dati.

A tale proposito è bene chiarire che il capo V del Regolamento contiene due diverse ipotesi

normative, quella prevista dall'art. 45 del trasferimento realizzato sulla base di una decisione di adeguatezza adottata dalla Commissione che attesti che il paese terzo, un territorio o uno o più settori specifici all'interno del paese terzo garantiscono un livello di protezione adeguato e quella prevista dall'art. 46 per il caso in cui la decisione della Commissione non sia stata adottata, con la conseguenza che il titolare del trattamento può trasferire i dati personali verso un paese terzo solo se ha fornito adeguate garanzie e a condizione che gli interessati dispongano di diritti azionabili e mezzi di ricorso effettivi. Su entrambe le ipotesi normative sovrasta il principio espresso dall'art. 44 in base al quale le disposizioni del capo V mirano ad assicurare che il livello di protezione delle persone fisiche garantito dal Regolamento non sia pregiudicato. Questa precisazione della Corte è di notevole interesse poiché l'equivalenza sostanziale da essa stabilita si dovrà applicare a tutti gli strumenti di trasferimento previsti dall'art. 46 Reg.

Ciò chiarito in via preliminare, conviene osservare che la Corte riprende un punto che aveva già affrontato in Schrems I, vale a dire che il livello di protezione adeguato di cui si ragiona nell'art.45 Reg. va interpretato «nel senso che esige che tale paese assicuri effettivamente, in considerazione della sua legislazione nazionale o dei suoi impegni internazionali, un livello di protezione delle libertà e dei diritti fondamentali *sostanzialmente equivalente* a quello garantito all'interno dell'Unione in forza di tale regolamento, letto alla luce della Carta».

La novità ulteriore sta nel fatto che tale equivalenza va garantita anche nel caso in cui il trasferimento dei dati non avvenga sulla base di una decisione della Commissione, bensì sulla base di clausole tipo di protezione dei dati, previste dall'art.46, par.2, lett. *c)* (punto 96). Nel dire ciò, la Corte segue esplicitamente l'opinione dell'Avvocato generale (par. 115 delle conclusioni).

Tale livello di protezione sostanzialmente equivalente deve essere inoltre determinato in base alle disposizioni del Regolamento, lette alla luce dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, con esclusione del diritto degli Stati membri come eventuale parametro (punto 101).

Al giudice del rinvio che chiede di sapere quali elementi prendere in considerazione per determinare l'adeguatezza del livello di protezione assicurato dalle clausole tipo, la Corte risponde appoggiandosi sul dato letterale del Regolamento che, all'art. 46, par.1, precisa che gli interessati devono godere di garanzie adeguate e disporre di diritti azionabili e mezzi

di ricorso effettivi. E la valutazione, osserva la Corte, andrà fatta prendendo in considerazione sia le clausole tipo sia gli elementi rilevanti del sistema giuridico del paese terzo, con particolare riguardo agli elementi che prevede l'art. 45, par.2, Reg., come indici di adeguatezza (in sintesi lo Stato di diritto, la presenza di autorità di controllo indipendenti, gli impegni internazionali del paese terzo) (punto 104).

L'approdo della Corte è estremamente rilevante perché, nel richiedere un livello equivalente di protezione per entrambe le ipotesi normative, la Corte innalza l'asticella delle garanzie di tutela, impedendo altresì che possano esservi diversi livelli di tutela a seconda dello strumento regolativo prescelto. Allo stesso tempo la Corte impone ai titolari del trattamento che effettuano trasferimenti dei dati verso paesi terzi un obbligo di conoscenza dei sistemi giuridici dei paesi terzi non sempre facile da realizzare.

5. Autorità di controllo e Commissione nella valutazione delle clausole di protezione tipo.

Con la domanda successiva viene affrontata la questione del ruolo delle autorità di controllo rispetto alla decisione della Commissione. In pratica il giudice del rinvio chiede di sapere se l'autorità di controllo abbia il potere di sospendere o vietare un trasferimento di dati personali verso un paese terzo effettuato sulla base di clausole tipo di protezione dei dati adottate dalla Commissione nel caso in cui l'autorità di controllo si convinca che esse non sono o non possono essere rispettate in detto paese terzo e che la protezione dei dati richiesta dal diritto dell'Unione non possa essere garantita (punto 106).

La Corte, seguendo anche in questo caso l'opinione dell'Avvocato generale, risponde positivamente (punto 113). Ed è questa una risposta che, come anticipato, conferisce alle autorità di controllo un potere notevole anche nei confronti della Commissione. Non si deve mancare di osservare, infatti, che la posizione della Corte è sviluppata in relazione alle clausole tipo di protezione, che, come recita l'art. 46, par.2, lett. c), Reg., sono adottate dalla Commissione. In questo caso il giudizio della Commissione non è ritenuto vincolante nei confronti delle autorità di controllo dalla Corte di giustizia. Il punto 115 della sentenza è dirimente in proposito. La soluzione della Corte responsabilizza dunque ulteriormente le autorità di controllo che, in caso di clausole di protezione tipo, possono essere chiamate a

decidere se sospendere o vietare il trasferimento. È qui che si annida tuttavia il rischio di quella tutela a macchia di leopardo, cui si accennava nell'introduzione. Il Comitato europeo per la protezione dei dati è quindi chiamato a svolgere un attento ruolo di coordinamento.
Quanto al rapporto tra autorità di controllo e Commissione nel diverso caso in cui esista una decisione di adeguatezza della Commissione in applicazione dell'art. 45, par.1, Reg., la Corte ripete invece la posizione che aveva già espresso in Schrems I, vale a dire che, finché la decisione di adeguatezza non sia stata dichiarata invalida dalla Corte, gli Stati membri e le loro autorità di controllo non possono adottare misure contrarie a tale decisione (punto 118).

6. Clausole di protezione tipo e decisione di adeguatezza.

La successiva questione riguarda più da vicino la natura e gli effetti delle clausole di protezione tipo previste dall'art. 46, par.2, lett.c, del Regolamento. In particolare il giudice del rinvio chiede se la decisione CPT sia idonea a garantire un livello di protezione adeguato dei dati personali trasferiti verso paesi terzi visto che le clausole tipo in essa contenute non vincolano le autorità dei paesi terzi (punto 123).
Sulla scorta del Regolamento la Corte opera una distinzione tra la decisione di adeguatezza, prevista dall'art. 45 e le clausole di protezione tipo, previste dall'articolo successivo. Con la prima la Commissione constata, con effetto vincolante, il livello di protezione adeguato garantito da un paese terzo, tenendo conto in particolare della legislazione pertinente in materia di sicurezza nazionale e di accesso delle autorità pubbliche ai dati personali. Le seconde muovono da un presupposto differente, giacché esse sono un mero strumento contrattuale che vincola solo le parti contraenti, in particolare il titolare del trattamento e il destinatario del trasferimento dei dati, non anche le autorità del paese terzo. Da ciò segue che, quando la Commissione adotta clausole di protezione dei dati (come ha fatto con la decisione CPT), essa non è tenuta a procedere a una valutazione dell'adeguatezza del livello di protezione garantito dai paesi terzi (punto 130).
La natura meramente contrattuale, privatistica, delle clausole di protezione tipo esenta dunque la Commissione da assunzioni di responsabilità sul livello di protezione adeguato garantito dal paese terzo, scaricando così sui soggetti privati l'onere di assicurare tale

livello adeguato. È chiaro che qui, nell'uso delle clausole tipo, rischia di incrinarsi il muro di garanzie elevato dalla Corte a tutela dei dati personali dei cittadini europei. Come fare, dunque, a garantire un livello adeguato?

La Corte non fornisce risposte precise in proposito, appoggiandosi su alcuni *considerando* del Regolamento, che incoraggiano i titolari del trattamento ad «aggiungere altre clausole o garanzie supplementari» (cons. 109, ma anche 108 e 114). Tali misure supplementari devono essere adottate dal titolare del trattamento, che, in collaborazione con il destinatario del trasferimento, dovrà valutare se il diritto del paese terzo garantisca una protezione adeguata. Nel caso in cui il titolare non sia in grado di adottare idonee misure supplementari, esso o l'autorità di controllo dovrà sospendere o porre fine al trasferimento dei dati (punto 135).

La rilevanza pratica di questa statuizione non può passare inosservata giacché da questo momento tutti i titolari di dati che si avvalgono di responsabili per il trattamento dei propri dati sono chiamati a controllare il contratto stipulato con il responsabile per valutare se quest'ultimo è autorizzato al trasferimento dei dati verso gli Stati Uniti. Nel caso ciò fosse previsto e non fosse possibile introdurre misure supplementari, appare indispensabile una riformulazione del contratto per vietare il trasferimento dei dati. La conclusione non dovrebbe essere differente nel caso in cui il contratto dovesse prevedere l'autorizzazione a trasferire i dati personali verso paese terzi diversi dagli Stati Uniti, nel caso in cui si dovesse giungere alla conclusione che tale paese terzo non assicura un livello adeguato di protezione.

Può sorgere, a questo punto, una legittima domanda sul senso di una decisione della Commissione che adotta clausole tipo di protezione dei dati, per come prevista dall'art. 46, par. 2, lett. *c)*, Reg. Se le clausole tipo non vincolano le autorità del paese terzo, qual è il senso dell'intervento della Commissione? In altri termini, se le clausole non vincolano il paese terzo, mettendo così in pericolo il livello di tutela richiesto dal diritto dell'Unione, il rischio è che le decisioni della Commissione ai sensi dell'art. 46, par.2, lett. *c)*, Reg., vengano esposte al rischio di un'intrinseca, strutturale invalidità. Per evitare ciò, la Corte afferma, intervenendo a soccorso della Commissione, che la validità della decisione della Commissione dipende solo dalla presenza di meccanismi efficaci che consentano, in pratica, di garantire che sia rispettato il livello di protezione e che i trasferimenti di dati personali, fondati su siffatte clausole, siano sospesi o vietati in caso di violazioni di tali

clausole o impossibilità di rispettarle (punto 137).

Sulla base di tali premesse la Corte svolge un esame delle clausole della decisione CPT dalle quali emerge che su titolare e destinatario del trasferimento incombono obblighi diretti a verificare costantemente il livello di garanzia di trattamento dei dati, in particolare diretti ad assicurare che la legislazione del paese terzo consenta al destinatario di conformarsi alle clausole tipo di protezione dei dati. La Corte estrapola dalle clausole in questione un obbligo, in capo al titolare del trattamento e al destinatario del trasferimento dei dati personali, di «verificare, preliminarmente, il rispetto, nel paese terzo interessato, del livello di protezione richiesto dal diritto dell'Unione», con l'ulteriore precisazione che il destinatario ha pure l'obbligo di informare il titolare della sua eventuale impossibilità di conformarsi a tali clausole, consentendo così al titolare di sospendere il trasferimento di dati e/o di risolvere il contratto (punto 142). L'analisi così condotta permette alla Corte di confermare la validità della decisione CPT.

È indubbia la rilevanza di questa parte della sentenza rispetto al suo noto precedente. La Corte distingue nettamente, sulla scorta del Regolamento, tra decisione di adeguatezza e clausole tipo di protezione. Queste ultime possono essere uno strumento utile per il trasferimento dei dati, nonostante la loro natura contrattuale. La Corte insiste sulle misure ulteriori che le parti possono prevedere per garantire il livello di protezione adeguata, ma si guarda bene dal precisare quali essi siano.

Il ricorso alle clausole tipo di protezione, esentando la Commissione da responsabilità sostanziali, è quindi rimesso alla discrezionalità delle parti private, sulle quali incombono obblighi di indubbia portata, in particolare quello di verificare la sussistenza di un livello di protezione richiesto dal diritto dell'Unione all'interno del paese terzo. Se ciò spingerà ad una "europeizzazione" dei grandi players americani, è questione aperta. Certo è che da ora saranno maggiormente esposti ad un controllo *ab externo* del livello di garanzia assicurato ai dati personali dei cittadini europei. Non si trascuri infatti il rilevante passaggio contenuto nel punto 146 nel quale è detto che la decisione della Commissione adottata ai sensi dell'art. 46, par.2, lett.c), Reg., non impedisce, «in alcun modo», all'autorità di controllo competente di sospendere o vietare il trasferimento dei dati verso un paese terzo. Grandi multinazionali e autorità di controllo sono dunque avvertite!

7. La decisione "scudo per la privacy" alla luce dell'art. 52, par.1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

L'ultima domanda posta dal giudice irlandese è quella che porta alla dichiarazione d'invalidità della decisione "scudo per la privacy", che aveva sostituito quella del cd. "Approdo sicuro" (Safe Harbour) annullata con la sentenza Schrems I. Anche in questo caso il giudice del rinvio chiede se e in che limiti l'autorità di controllo di uno Stato membro sia vincolata dalle constatazioni contenute nella decisione "scudo per la privacy" secondo le quali gli Stati Uniti assicurano un livello di protezione adeguato. Più precisamente egli chiede se il trasferimento dei dati verso gli Stati Uniti avvenuto sul fondamento di clausole tipo di protezione dei dati contenute nell'allegato della decisione CPT violi i diritti garantiti dagli artt. 7, 8 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e se l'aver istituito il Mediatore (di cui si fa menzione nell'allegato III della decisione "scudo per la privacy") sia compatibile con l'art. 47 della Carta (punto 150).

Occorre precisare meglio questo passaggio, e cioè il motivo per il quale la Corte estende il suo controllo anche alla decisione "scudo per la privacy". Nel procedimento principale, infatti, il ricorso del Commissario ha riguardato solo la validità della decisione CPT ed è comunque stato presentato prima che venisse adottata la decisione "scudo per la privacy". E tuttavia è il giudice del rinvio, osserva la Corte, a sottolineare di dover esaminare la vicenda alla luce delle modifiche della normativa intercorse tra la proposizione del ricorso e l'udienza tenutasi dinanzi ad esso. Da ciò l'obbligo di prendere in considerazione la decisione "scudo per la privacy", anche in ragione degli effetti vincolanti che essa è in grado di produrre sull'autorità di controllo (punti 151-154).

Le questioni sollevate dal giudice mettono dunque in dubbio il giudizio espresso dalla Commissione sull'adeguatezza dell'ordinamento statunitense nel garantire il livello di tutela chiesto dal diritto dell'Unione (v.l'art.1, par.1, della decisione "scudo per la privacy"). E i dubbi del giudice del rinvio incontrano quelli della Corte di giustizia, la quale ripercorre lo stesso percorso seguito in Schrems I. Come in quel caso, anche ora essa è costretta ad osservare che, per quanto nella decisione venga constatato il livello adeguato di protezione, è anche precisato (al punto I.5. dell'allegato II alla decisione in esame) che

l'adesione ai principi diretti a garantire tale livello di adeguatezza può essere limitata «se ed in quanto necessario per soddisfare esigenze di sicurezza nazionale, interesse pubblico o amministrazione della giustizia». Si riproduce così la stessa situazione che aveva portato all'annullamento della decisione "approdo sicuro" in quanto le organizzazioni statunitensi che ricevono dati personali dall'Unione (nella specie Facebook) sono obbligate a disapplicare, senza limiti, i principi che dovrebbero garantire il livello di adeguatezza.

Le ingerenze nei diritti fondamentali delle persone i cui dati personali sono trasferiti negli Stati uniti avvengono grazie all'accesso ai dati personali da parte delle autorità pubbliche statunitensi e tramite l'utilizzo di tali dati nell'ambito dei programmi di sorveglianza PRISM e UPSTREAM fondati sull'art.702 FISA (*Foreign Intelligence Surveillance Act*) nonché sulla base del decreto presidenziale (*Executive Order*) 12333. Rispetto a ciò, la Commissione, nella propria decisione, constata che, «in base alle informazioni sull'ordinamento giuridico statunitense disponibili, […] l'ingerenza nei diritti fondamentali si limit(a)no a quanto strettamente necessario per conseguire l'obiettivo legittimo ricercato e che contro le ingerenze di tale natura esiste una tutela giuridica efficace» (punti 166 e 167).

La Corte di giustizia osserva che anche la mera comunicazione di dati personali a un terzo, quale un'autorità pubblica, costituisce di per sé un'ingerenza vietata dagli artt. 7 e 8 della CDFUE, indipendentemente dall'uso ulteriore delle informazioni comunicate. E tuttavia il giudice dell'Unione ricorda che tali ingerenze possono giustificarsi in ragione della funzione sociale dei diritti previsti dagli artt. 7 e 8.

La chiave di volta del ragionamento della Corte diventa dunque l'art. 52 della Carta, che nella sua prima fase del primo paragrafo stabilisce che eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta devono essere previsti dalla legge e devono rispettare il contenuto essenziale dei diritti e delle libertà. Nella seconda frase, invece, prevede che, nel rispetto del principio di proporzionalità, possano apportarsi limitazioni a tali diritti e libertà solo laddove siano necessarie e rispondano a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

Tutto ciò implica che sia la legge a definire la portata della limitazione dell'esercizio; inoltre, per rispettare il principio di proporzionalità, la legge deve prevedere regole chiare e precise che disciplinino la portata e l'applicazione della misura di limitazione e impongano requisiti minimi, stabilendo in quali circostanze e a quali condizioni possa

essere adottata una misura che prevede il trattamento dei dati, così garantendo che l'ingerenza sia limitata allo stretto necessario.

Le ingerenze risultanti dai programmi di sorveglianza fondati sull'art. 702 del FISA e sull'E.O 12333 non risponderebbero ai requisiti richiesti dall'art. 52, par. 1, seconda frase. Questo è il parametro alla luce del quale la Corte decide di esaminare i suddetti programmi di sorveglianza.

La prima carenza viene individuata dalla Corte nei programmi di sorveglianza basati sull'art. 702 del FISA poiché la Corte FISA (il tribunale per la sorveglianza dell'intelligence esterna degli Stati Uniti) non autorizza singole misure di sorveglianza ma programmi di sorveglianza (quali PRISM e UPSTREAM), limitandosi a verificare se tali programmi servano all'obiettivo di ottenere informazioni in materia di intelligence esterna, senza alcuna preoccupazione riguardo al se la persona costituisca un obiettivo adatto per acquisire informazioni di intelligence esterna. Alla luce di ciò la Corte, in accordo con l'Avvocato generale, ritiene che l'art. 702 del Fisa non preveda limitazioni all'autorizzazione e soprattutto che l'ordinamento statunitense non conferisca agli interessati diritti nei confronti delle autorità statunitensi azionabili di fronte ai giudici. Viene così violata l'esigenza posta dall'art. 45, par.2, lett. *a)*, RGPD, secondo cui la constatazione del livello di adeguatezza dipende dall'esistenza di diritti effettivi ed azionabili in capo agli individui i cui dati sono stati trasferiti.

Anche per i programmi di sorveglianza fondati sull'E.O. 12333 emergono le stesse risultanze. In questo caso esiste una direttiva del Presidente degli Stati Uniti (PPD-28), che spiega cosa fanno gli Stati Uniti nelle attività di sorveglianza all'estero e che contiene principi ai quali i programmi di sorveglianza devono attenersi. La Corte osserva tuttavia che la PPD-28 permette la raccolta in blocco di un volume consistente di informazioni o dati senza che tale accesso sia oggetto di controllo giudiziario, così non delimitando, in maniera sufficiente e chiara, la portata di tale raccolta in blocco.

La conclusione è che né l'art.702 del FISA né l'E.O. 12333, in combinato disposto con la PPD-28, rispondono ai requisiti minimi connessi al principio di proporzionalità, sicché tali programmi non sono limitati allo stretto necessario (così punto 184). Da ciò consegue, secondo la Corte, la violazione dell'art. 52, par.1, seconda frase, della Carta.

Ma l'attenzione della Corte si concentra anche sulla violazione dell'art.47 della Carta medesima, che, nel richiedere che ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal

diritto dell'Unione siano state violate abbia diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, è estrinsecazione immediata di uno Stato di diritto. Questa istanza generale è confermata anche dall'art. 45, par.2, lett. *a)*, RGPD, che, come si è detto, chiede alla Commissione, allorquando essa proceda alla valutazione di adeguatezza, di prendere in considerazione gli strumenti di tutela degli interessati.

Ciò premesso, le carenze dell'ordinamento statunitense in relazione all'effettività della tutela sono state evidenziate dalla stessa Commissione che, al punto 115 della decisione "scudo per la privacy", non ha mancato di sottolineare come le possibilità di ricorso della persona sottoposta a sorveglianza elettronica non contemplino alcune delle basi giuridiche di cui possono avvalersi le autorità di intelligence statunitensi (ad esempio l'E.O.12333). E ciò osta, osserva la Corte, a che si concluda che il diritto degli Stati Uniti garantisce un livello di protezione sostanzialmente equivalente a quello garantito dall'art. 47 della Carta (punto 191).

Neppure la nuova figura del Mediatore, sul quale la Commissione aveva pure espresso un'opinione positiva, riesce a riequilibrare la situazione. La figura del Mediatore è stata prevista dall'art. 4, lett.d), della PPD-28, che incarica il segretario di Stato di nominare un Primo coordinatore della diplomazia internazionale per le tecnologie dell'informazione, avente la funzione di referente per i governi stranieri che si pongono interrogativi sull'attività di intelligence dei segnali condotte dagli Stati Uniti d'America. Tale Primo coordinatore svolge la funzione di Mediatore, è indipendente dall'intelligence statunitense, riferisce direttamente al segretario di Stato, il quale assicura che svolga la sua funzione con obiettività e senza indebite ingerenze. In sintonia con l'avvocato generale, la Corte esprime dubbi sull'indipendenza del Mediatore e sulla sua capacità di adottare decisioni vincolanti nei confronti dei servizi di intelligence statunitense.

La conclusione della Corte è che la decisione della Commissione abbia disatteso i requisiti di cui all'art. 45, par. 1, RGPD, letto alla luce degli artt. 7, 8 e 47 della Carta, risultando quindi invalida nel suo complesso.

8. Conclusioni: dal contenuto essenziale al principio di proporzionalità e ritorno.

Il rapporto tra principio di proporzionalità e contenuto essenziale dei diritti fondamentali merita qualche riflessione conclusiva giacché è sulla base di questi due principi o criteri di giudizio che si arriva alla dichiarazione d'invalidità della decisione "scudo per la privacy". Nella presente decisione, tuttavia, la Corte pare percorrere un percorso argomentativo inverso o comunque diverso rispetto a quello intrapreso nella sentenza Schrems I. In quest'ultima, infatti, essa aveva puntato con forza sul contenuto essenziale, affermando in sostanza che, poiché aveva ravvisato una violazione di tale contenuto essenziale (nella specie il contenuto dei diritti fondamentali al rispetto della vita privata e ad un ricorso effettivo), la decisione risultava invalida senza bisogno di verificare se ci fosse anche una lesione del principio di proporzionalità.

Nel caso in esame, invece, la Corte ricorre sia al principio di proporzionalità che al contenuto essenziale in una maniera che non appare, però, del tutto lineare (dal punto 168 a fine). Provo a spiegare perché. La Corte afferma di voler esaminare i programmi di sorveglianza alla luce di quanto previsto dalla seconda frase del paragrafo primo dell'art. 52, quello appunto in cui la proporzionalità è richiamato come principio utile per apporre limitazioni (punto 178). Nell'analisi condotta dalla Corte nei punti successivi (da 179 a 184) la Corte mostra come la legislazione USA non contenga limitazioni alle ingerenze delle autorità pubbliche dirette a garantire ai cittadini europei strumenti di reazione dinanzi ad un'autorità giurisdizionale. In pratica, le ingerenze delle autorità pubbliche statunitensi nei dati personali trasferiti non sono bilanciate dal riconoscimento di un controllo giurisdizionale azionabile dagli interessati. Ciò porta alla già ricordata conclusione per cui né l'art. 702 del FISA né l'E.O. 12333 rispettano i requisiti minimi del principio di proporzionalità (punto 184).

Il riferimento al contenuto essenziale emerge espressamente nei punti successivi. In particolare, al punto 187 la Corte, richiamando Schrems I, ricorda la strettissima connessione tra controllo giurisdizionale effettivo e Stato di diritto sicché una normativa priva della possibilità per il singolo di avvalersi di rimedi giuridici non rispetta il contenuto

essenziale del diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale effettiva, sancito dall'art. 47 della Carta. Ed è proprio la carenza delle disposizioni relative al Mediatore dello scudo per la privacy riguardo a tale diritto fondamentale che porta la Corte a concludere per la violazione dell'art. 47 (punto 197). In questa parte dell'analisi non appare il riferimento al principio di proporzionalità.

Due osservazioni conclusive appaiono allora opportune. La prima è che, nel caso di specie, la Corte, appoggiandosi al precedente della sentenza Schrems I, ribadisce che il contenuto essenziale dell'art. 47 della Carta è dato dall'esistenza di un controllo giurisdizionale effettivo. È il rispetto del contenuto essenziale di questo diritto che ha portato alla sentenza Schrems I e che viene ribadito in Schrems II.

La seconda osservazione vuole invece enfatizzare un punto di diversità rispetto alla sentenza Schrems I. Se in questa ultima il ragionamento fu molto audace e innovativo (la violazione del contenuto essenziale rende superflua ogni altra analisi condotta alla luce del principio di proporzionalità), in Schrems II la Corte assume un atteggiamento più inclusivo, per così dire, sviluppando prima un'analisi poggiante sul principio di proporzionalità e poi giungendo al contenuto essenziale. Ma se a esser stato violato, alla fine, è il contenuto essenziale, non si intende il motivo per cui la Corte afferma di voler condurre l'analisi alla luce dell'art. 47, par.1, frase seconda, che non contiene il riferimento al contenuto essenziale.

Poiché la Corte avrebbe potuto seguire la stessa trama intessuta con Schrems I, la novità argomentativa è rilevante. È difficile dire cosa abbia spinto la Corte a questo percorso argomentativo più "*souple*". La ritenuta opportunità di una trama argomentativa più ampia o la consapevolezza che il ricorso al contenuto essenziale contiene dei rischi di decisionismo giudiziario troppo elevati? O forse la volontà di ribadire l'autonomia concettuale tra i due strumenti argomentativi per cui un atto può anche essere rispettoso del contenuto essenziale ma essere in contrasto col principio di proporzionalità?

Abstract: dopo la sentenza Schrems I la Corte di giustizia torna a occuparsi di trasferimento dei dati personali. E lo fa con novità sostanziali. Interessanti risultano anche le strumentazioni dogmatiche utilizzate nella parte conclusiva della sentenza.

Abstract: Schrems I had the features of a leading case. The Court of justice's new

judgement seems to endear itself to the privacy's fan. What about the other cornerstone of the GDPR, the free movement of personal data?

Parole-chiave: Corte di giustizia dell'Unione europea – trasferimento dati – diritti dei privati – titolari e responsabili.

Key words: Court of Justice of the European Union – data transfer – rights of data subjects – controllers and processors – principle of proportionality.

OSSERVATORIO PERMANENTE SUL FUTURO DELL'UNIONE EUROPEA

MODELLI NORMATIVI DI *CONTACT TRACING* TRA "*RAGIONE*" E "*VOLONTÀ*"*.

di Virgilio D'Antonio e Livia Saporito**

Il due per due quattro non è vita ormai, signori,
ma l'inizio della morte"
F. DOSTOEVSKIJ, *Memorie dal sottosuolo*
[1919 (prima ed. italiana), p. 44)]

Sommario. 1. Introduzione. – 2. Modelli normativi di *contact tracing* tra "*ragione*" e "*volontà*". – 3. La dimensione comunitaria dell'individuo dominato dalla "*ragione*". – 4. Dal modello "paneuropeo" alle esperienze orientali. – 5. La risposta "anticipata" di Singapore*: TraceTogetherApp* e *Proactive Screening*. - 6. *App* di tracciamento e *Social Credit System*: la Repubblica Popolare Cinese e la Corea del Sud. – 7. L'esperienza israeliana: tecnologia e stato di diritto nell'orientamento della Corte Suprema. – 8. Conclusioni.

1. Introduzione.

La crisi sanitaria causata dalla pandemia che ha attraversato il pianeta ha imposto ai diversi ordinamenti, nazionali e sovranazionali, risposte emergenziali poderose e, sino a pochi mesi precedenti, impensabili, soprattutto nell'impatto che le stesse hanno fatto segnare rispetto a prerogative fondamentali degli individui[302].

---

* *Sottoposto a referaggio*.

** Virgilio D'Antonio, Professore Ordinario di Diritto privato comparato – Università di Salerno. Livia Saporito, Professoressa Ordinaria di Diritto Privato comparato – Università della Campania "L. Vanvitelli"..

* il presente lavoro, pur se concepito unitariamente dai due Autori, deve essere così attribuito nelle sue singole parti: §§ 1 / 3 V. D'Antonio - §§ 5 / 8 L. Saporito - § 4 ad ambedue.

[302] L'emergenza sanitaria provocata dalla pandemia di Covid-19 ha avuto un impatto profondissimo e, per larghi tratti, assolutamente inedito sulle comunità come sui singoli individui, mutandone dinamiche relazionali, scenari politici, prospettive economiche e culturali, con riflessi importanti e conseguenti anche sul contenuto e sulle forme del diritto. Gli interventi, in questo senso, sono stati numerosissimi ed hanno toccato pressoché tutti gli ordinamenti giuridici a livello globale. A tal fine, l'Associazione Italiana di Diritto Comparato, quella di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo e la Società Italiana per la Ricerca nel Diritto Comparato hanno attivato il sito *Comparative Covid Law* (https://comparativecovidlaw.wordpress.com/), al fine di offrire una prima mappatura delle molteplici modifiche normative dettate dalla pandemia.

Senza che si sia acceso un dibattito pubblico particolarmente vivo, si è assistito, dunque, in specie nella primissima fase di risposta al diffondersi del virus, a fortissime restrizioni di diritti e libertà, da decenni ritenuti angolari nei moderni contesti democratici e, per questo, irrinunciabili e pressoché non suscettibili di limitazioni, quantomeno nella narrazione che, di sé, propongono gli ordinamenti occidentali[303].

E così, sotto la scure della normazione dell'emergenza, sull'altare della tutela della salute (pubblica ed individuale) sono progressivamente state sacrificate la liberà di circolazione, la libertà di riunione, la libertà di culto, la libertà d'impresa, secondo quell'espressione sintetica quanto priva di termini definiti – almeno in termini tecnico-giuridici – che è *lockdown*.

Se osservato dalla prospettiva del giurista, l'annichilimento delle libertà fondamentali degli individui, con affermazione netta della prevalenza del diritto alla salute su qualsivoglia differente prerogativa individuale, è stato il tratto caratterizzante della cd. *fase 1* del contrasto alla pandemia, secondo una dinamica dei rapporti pubblico / privato che, seppur con lievi differenze nelle formule declamatorie, in termini operativi ha visto accomunate gran parte delle realtà giuridiche a livello globale[304].

Questa sostanziale omogeneità di soluzioni precettive ha accompagnato anche la transazione, nei differenti ordinamenti, dalla citata *fase 1* – quella cioè delle misure fortemente repressive giustificate dalla necessità di arginare il contagio in atto – alla *fase 2*, caratterizzata invece dall'attenuazione dei contagi e dalla finalità di instaurare un regime di controllo/monitoraggio sul possibile diffondersi del virus.

Il senso del passaggio dalla *fase 1* alla *fase 2*, ove si provi a proporne una rappresentazione con un campo visuale estremamente ampio, che trascenda singolari specificità pure esistenti in singole realtà ordinamentali, è quello della transizione da apparati normativi di repressione (di determinate condotte corrispondenti alle libertà limitate) a dinamiche di governo del fenomeno pandemico basate invece sul controllo (delle medesime condotte prima vietate, poi consentite purché *sub examen*).

---

[303] Vedi anche V. D'Antonio e G. Giannone Codiglione, *Internet, libertad y soberania sobre los datos*, in L. Picarella e C. Scocozza (a cura di), *Del pueblo soberano al soberano del pueblo. Evolucion del concepto de soberania en la conteporaneidad*, Bogotà, 2019, p. 159 ss.

[304] Vedi A. Vedaschi, *Il Covid-19, l'ultimo stress test per gli ordinamenti democratici: uno sguardo comparato*, in *DPCE online*, v. 43, n. 2, luglio 2020, p. 1453 ss.

Almeno in termini teorici, proprio la necessità di esercitare un costante controllo delle condotte individuali nuovamente esercitabili ha visto, dunque, il progressivo ripristino delle libertà fondamentali accompagnato dalla imposizione di limitazioni al diritto alla riservatezza[305].

Questo il tema a fondamento della diffusione delle tecnologie informatiche di *contact tracing*, di monitoraggio dei contatti sociali intrattenuti dagli individui[306].

2. Modelli normativi di *contact tracing* tra "*ragione*" e "*volontà*".

I sistemi di allerta e tracciamento, in termini generali, possono svolgere un ruolo importante nel contenimento della diffusione del contagio durante gli scenari di mitigazione delle misure di restrizione ai diritti fondamentali, soprattutto nella misura in cui – sul versante pubblicistico – consentono all'autorità di identificare e tracciare portatori del virus. Allo stesso tempo, in una dinamica individuale, questi sistemi possono rappresentare anche uno strumento decisivo per consentire ai cittadini di praticare un distanziamento sociale efficace e più mirato.

Orbene, sebbene astrattamente realizzabile anche tramite modalità analogiche, sin dall'inizio della crisi Covid-19, in diverse realtà nazionali sono state sviluppate, sia da parte di autorità pubbliche che da soggetti privati, applicazioni *mobile* che, sfruttando l'enorme diffusione a livello globale (e la pervasività nella quotidianità di ciascuno) dei dispositivi *smartphone*, secondo differenti modalità tecniche, hanno la funzione di tracciare la diffusione del virus e bloccare eventuali catene di contagio[307].

In termini generali, queste applicazioni tendono a svolgere tre funzioni: i) informare i

[305] Sulla tensione tra eccezionalità e regola, anche in relazione alla produzione normativa, si rinvia a G. Agamben, *Stato di eccezione*, Torino, 2003. Per alcuni aspetti, sembra tornare attuale il monito del giudice Brandeis nell'*Olmstead case* [*Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928), 474], allorché l'autore con Warren del seminale *The right to be let alone* [4 *Harvard L.R.* 193 (Dec. 15, 1890)], all'alba dei primi sviluppi tecnologici, preconizzava la futura tensione che avrebbe contraddistinto il rapporto tra sovranità statale ed esercizio dei diritti individuali: "discovery and invention have made it possible for the Government, by means far more effective than stretching upon the rack, to obtain disclosure in court of what is whispered in the closet".

[306] Cfr. A.M. Campanale, *Flessibile diritto: il diritto alla protezione dei dati personali nella* lockdown exit strategy *europea*, in *DPCE online*, v. 43, n. 2, luglio 2020, p. 2569 ss.

[307] C. Colapietro e A. Iannuzzi, App *di* contact tracing *e trattamento dei dati con algoritmi: la falsa alternativa fra tutela del diritto alla salute e protezione dei dati personali*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2020, p. 816 ss.

cittadini, fornire loro consulenza e agevolare l'organizzazione del *follow-up* medico delle persone sintomatiche, spesso in combinazione con un questionario di autodiagnosi; ii) allertare le persone che si sono trovate in prossimità di una persona infetta per interrompere le catene di infezione ed evitare la recrudescenza delle infezioni nella fase di riapertura; iii) monitorare la quarantena e controllarne il rispetto da parte delle persone infette, eventualmente in combinazione con funzionalità che valutino le loro condizioni di salute durante il periodo di quarantena[308].

Ove, poi, svolgano anche funzioni di diagnosi, prevenzione, monitoraggio, previsione, prognosi, trattamento o attenuazione della malattia, queste *app* possono essere considerate a tutti gli effetti dispositivi medici, con ricadute normative peculiari.

Chiaramente, l'efficacia di queste applicazioni mobili dipende da diversi fattori, fra i quali è sicuramente decisivo il tasso di penetrazione tra gli utenti, ossia la percentuale della popolazione che utilizza un dispositivo mobile e, al suo interno, la percentuale di utenti che hanno scaricato ed utilizzano costantemente l'applicazione. Se rispetto ai modelli normativi a stretta cogenza in ordine all'utilizzo di queste *app* il problema della diffusione diviene per molti aspetti secondario, allorché si discorra di modelli a base volontaristica (come, ad esempio, quello europeo), il tasso di penetrazione dell'*app* finisce per dipendere in maniera decisiva da ulteriori fattori ed, *in primis*, dalla fiducia degli utenti nella tutela dei propri dati tramite misure di sicurezza adeguate e nel relativo utilizzo esclusivamente per allertare le persone che potrebbero essere state esposte al virus[309].

Considerate le funzioni che queste applicazioni per *smartphone* possono svolgere, è di tutta evidenza come il loro utilizzo possa incidere, in maniera più o meno pervasiva, sull'esercizio di tutta una serie di diritti fondamentali, da quello al rispetto della vita privata e familiare a quelli legati alla libertà di circolazione[310].

Ne consegue la necessità, per ogni singola realtà ordinamentale ed in funzione delle peculiarità che la caratterizzano rispetto alla sfera di tutela (formale e sostanziale)

---

[308] Cfr. il considerando n. 12 della Raccomandazione (UE) 2020/518 della Commissione, adottata l'8 aprile 2020 (GU L 114 del 14.04.2020, p. 7).

[309] Ciò non toglie che esistono fattori che influiscono sulla efficacia di queste applicazioni a prescindere dal modello normativo in cui ci si muova: si pensi, ad esempio, al tema del *digital divide* (che rispecchia la diffusione tra la popolazione di *smartphone* in grado di supportare l'*app*), alla capacità delle autorità sanitarie di gestire la mole di dati generati dalle applicazioni ed agire di conseguenza, all'integrazione ed alla condivisione dei dati con altri sistemi e applicazioni, nonché all'interoperabilità interregionale e transfrontaliera con altri sistemi.

[310] Cfr. V. Zeno-Zencovich, *I limiti delle discussioni sulle "app" di tracciamento anti- Covid e il futuro della medicina digitale*, in *MediaLaws*, 26 maggio 2020

assicurata ai diritti fondamentali in gioco, di identificare un *point of balance* tra pubblico e privato[311]: in particolare, tra esigenze pubblicistiche di sicurezza e controllo nella diffusione dei contagi e anelito privatistico alla più ampia affermazione possibile delle prerogative individuali[312].

Prendendo le mosse da queste coordinate generali, rispetto al tema specifico delle applicazioni di *contact tracing* collegate all'emergenza Covid-19, la differenza di approccio normativo tra modelli di diffusione di queste *app* a base volontaristica (che potremmo definire *deboli* in termini di cogenza) e quelli a fondamento non volontaristico (dunque, *forti*), di là dalla considerazione più ampia dei diritti fondamentali in discussione, parrebbe rispecchiare una diversa considerazione dell'approccio individuale ai rischi per la salute prodotti dalla pandemia in atto.

Per certi versi, pur nella complessità della visione dostoevskiana del tema, nel provare a prendere a prestito la nota differenza tra ragione e volontà[313] che l'autore propone nelle *Memorie dal sottosuolo*[314], potremmo dire che il modello occidentale si basa su una concezione dell'individuo dominato dalla *ragione*, cioè tendente ad agire sempre nell'ottica del perseguimento di vantaggio (che, nel caso che ci occupa, ha una dimensione al contempo collettiva e individuale); al contrario, il modello orientale è caratterizzato da una visione antitetica dell'individuo, dominato dalla *volontà* che può condurre ciascuno a perseguire condotte irrazionali, intese come quelle che conducono ad esiti non qualificabili

[311] Cfr. S. Sica e G. Giannone Codiglione, *La libertà fragile. Pubblico e privato al tempo della rete*, Napoli, 2013.

[312] Vedi T. Pitch, *La società della prevenzione*, Roma, 2008; D. Lyon, *Società sorvegliata. Tecnologie di controllo della vita quotidiana*, Milano, 2002. Cfr. N. Bobbio, (voce) *Libertà*, in *Enc. del Novecento*, Roma, 1978 p. 994 ss.

[313] Nell'ambito di una letteratura particolarmente vasta, rispetto al tema specifico del rapporto tra *ragione* e *volontà* si segnalano L. Pareyson, *Il pensiero etico di Dostoevskij*, Torino, 1967; R. Cantoni, *Crisi dell'uomo. Il pensiero di Dostoevskij*, Milano, 1975; V. Šklovskij, *L'energia dell'errore*, trad. it. di M. Di Salvo, Roma, 1984; M. Bachtin, *Dostoevskij. Poetica e stilistica*, trad. it. di G. Garritano, Torino, 2002; C. Olivieri, *Dostoevskij: l'occhio e il segno*, Soveria Mannelli, 2003.

[314] F. Dostoevskij, *Memorie dal sottosuolo*, op. cit., p. 40: "cosa sa la ragione? La ragione sa solo ciò che ha fatto in tempo a sapere (e magari non imparerà nient'altro; e sebbene non sia una consolazione, perché non dirlo?), mentre la natura umana agisce tutta intera, con tutto ciò che ha in sé, consciamente e inconsciamente, e se pur mente, però vive. Io sospetto, signori, che voi mi guardiate con compassione; mi ripetete che un uomo illuminato ed evoluto, insomma, quale sarà l'uomo futuro, non può coscientemente volere qualcosa che non sia vantaggiosa per sé, che questa è matematica. Ma vi ripeto per la centesima volta che c'è solo un caso, solo uno, in cui l'uomo può augurarsi apposta, coscientemente perfino qualcosa di male, di stupido, perfino stupidissimo, e precisamente: per avere il diritto di augurarsi perfino la cosa più stupida e non essere legato all'obbligo di augurarsi solo e unicamente qualcosa di ragionevole".

obiettivamente come vantaggio (sempre nella duplice accezione collettiva e individuale)[315]. Ecco, allora, i due modelli normativi di risposta che divergono nettamente: un individuo dominato dalla *ragione* non necessita di un apparato normativo caratterizzato da forti elementi di obbligatorietà per perseguire l'interesse proprio e quello collettivo al contrasto alla pandemia; di contrappunto, ove il precetto normativo sia rivolto ad un soggetto mosso dalla *volontà*, evidentemente, la possibilità di scelte contrastanti con il perseguimento del vantaggio individuale e collettivo deve essere arginata tramite l'applicazione di dinamiche precettive fortemente cogenti[316].

In effetti, questa dinamica del rapporto tra governanti e governati nella fase emergenziale può essere declinata anche in una prospettiva di matrice fiduciaria, ove evidentemente i modelli normativi fondati su basi di adesione volontaristica alle misure di contenimento del virus si caratterizzano per un maggiore elemento di *fiducia* in coloro che al precetto (debole) sono chiamati a conformarsi. Al contrario, modelli precettivi (forti), basati sulla stretta cogenza delle misure imposte, presuppongono una sostanziale *sfiducia* nella capacità degli individui di operare scelte razionali rispetto alle esigenze di salute pubblica e individuale[317].

3. La dimensione comunitaria dell'individuo dominato dalla "*ragione*".

Ove osservato nella prospettiva del comparatista e secondo la proposta partizione tra

[315] Si rinvia a A. Santosuosso, *La regola, l'eccezione e la tecnologia*, in *BioLaw Journal*, Special Issue n. 1/2020, p. 609 ss.

[316] Vedi V. Mayer-Schönberger e K. Cukier, *Big data*, Milano, 2013. Sono oramai anni che si registra un paradigmatico *sclerotizzarsi* della distorsione del rapporto regola/eccezione, anche rispetto alla primazia tra dimensione statale e quella della libertà individuale. Provvedimenti *eccezionali* di compressione dei diritti individuali sono divenuti regola, come oggi – soprattutto oltreoceano – parrebbe oramai regola l'invasione pubblica della sfera privata giustificata da ragioni di *prevenzione*. Sia consentito il rinvio a V. D'Antonio e P. Troisi, *Il delicato equilibrio tra sicurezza pubblica e rispetto della vita privata nel trattamento dei dati PNR a fini di* law enforcement, in *Comp. dir. civ.*, vol. 3/2019, p. 1031 ss.

[317] Il tema dei rapporti fiduciari al tempo della pandemia è affrontato, in chiave sociologica, da S. Belardinelli – G. Gili, *Fidarsi. Cinque forme di fiducia alla prova del Covid-19*, in *Mediascapes Journal*, n. 15/2020, p. 80 ss., ove si identificano quattro livelli di fiducia, che riguardano in parte anche il livello istituzionale e l'apparato normativo: fiducia interpersonale specifica, fiducia interpersonale generalizzata, fiducia istituzionale specifica, fiducia sistemica (confidare). In tema, N. Luhmann, *Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, Stuttgart, 2000 (ed. or. 1968), trad. it. *La fiducia*. Bologna, 2002, nonché A. Seligman, *The Idea of Civil Society*, Princeton, 1992, trad. it. *L'idea di società civile*, Milano, 1993 e, specificamente per il discorso giuridico, R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, 1977, trad. it. *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982.

modelli *deboli*" e "*forti* di impianto normativo, il sistema comunitario di monitoraggio dei contagi, nella transizione dalla fase di *lockdown* a quella di progressiva riespansione delle prerogative individuali, si inquadra indubbiamente quale assetto del primo tipo, calibrato su una rappresentazione degli individui come soggetti mossi essenzialmente dal dato razionale piuttosto che da quello volitivo.

Per comprendere la filosofia di fondo dell'approccio comunitario al tema del tracciamento dei contatti per contrastare la pandemia è necessario prendere le mosse dalle indicazioni contenute nella Raccomandazione (UE) 2020/518 della Commissione, adottata l'8 aprile 2020[318], relativa appunto ad un pacchetto di strumenti comuni dell'Unione per l'uso della tecnologia e dei dati al fine di contrastare la crisi Covid-19 attraverso un approccio comune. Strettamente connesso alla Raccomandazione è il *Common EU Toolbox for Member States*, adottato il 15 aprile 2020 dall'*eHealth Network*[319] ed in linea con le indicazioni fornite dall'*European data protection board*: si tratta di un documento contenente una serie di principi generali, anche di matrice tecnologica, teso a garantire che sviluppo e utilizzo delle applicazioni di *contact tracing* avvenga nel contemperamento tra tutela dei diritti fondamentali dei cittadini e possibilità di controllo dell'epidemia per i governi e le autorità sanitarie pubbliche competenti[320].

In particolare, gli elementi chiave del modello comunitario si riducono essenzialmente a quattro: volontarietà dell'installazione (*voluntary nature*); approvazione da parte dell'autorità sanitaria nazionale (*government approval*); tutela dei dati personali raccolti (*privacy-preserving*) e distruzione dei dati non appena non saranno più necessari al

[318] Occorre segnalare che già con la Decisione n. 1082/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, relativa alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero e che abroga la decisione n. 2119/98/CE (GU L 293 del 5.11.2013, p. 1). Con quest'ultima Decisione, erano già state stabilite norme specifiche per la sorveglianza epidemiologica, il monitoraggio, l'allarme rapido e la lotta alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero. In base all'art. 2, par. 5, di tale decisione, la Commissione, in collegamento con gli Stati membri, assicura il coordinamento e lo scambio delle informazioni tra i meccanismi e le strutture istituiti nel quadro della decisione e i meccanismi e le strutture analoghi istituiti a livello dell'Unione o nel quadro del trattato Euratom. L'organo per il coordinamento degli sforzi nel contesto delle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero è il Comitato per la sicurezza sanitaria, istituito dall'art. 17 della decisione citata. Al tempo stesso, con l'art. 6, par. 1, venne istituita una rete per la sorveglianza epidemiologica delle malattie trasmissibili utilizzata e coordinata dal Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie (ECDC).

[319] L'*eHealth Network* è una rete di autorità nazionali che opera nell'ambito della *digital health and care* al fine di facilitare la cooperazione dei paesi EU che aderiscono alla direttiva 2011/24/EU (che proprio per questo ne ha previsto l'istituzione). Maggiori informazioni sono reperibili al *link* https://ec.europa.eu/health/ehealth/policy/network_en

[320] Il documento è reperibile al *link* https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/ehealth/docs/covid-19_apps_en.pdf

contrasto all'epidemia (*temporary nature*).

Nel definire un *approccio paneuropeo* alle applicazioni mobili per contrastare il Covid-19[321], dunque, in ossequio al più generale principio di minimizzazione dei dati proprio della normativa comunitaria in materia, vengono identificate le linee portanti che le *app*, sviluppate a livello nazionale, dovranno rispettare: innanzitutto, tutela della vita privata e diritto alla protezione dei dati, così da garantire il rispetto dei diritti fondamentali e la prevenzione della stigmatizzazione; favore per l'utilizzo di misure meno intrusive e comunque efficaci, compreso l'uso dei dati di prossimità, ma senza il trattamento dei dati relativi all'ubicazione o agli spostamenti delle persone, nonché l'uso di dati anonimizzati e aggregati laddove possibile[322]; requisiti tecnici riguardanti le tecnologie appropriate (ad esempio, *Bluetooth* a bassa energia) per stabilire la prossimità del dispositivo, la cifratura, la sicurezza dei dati, l'archiviazione dei dati sul dispositivo mobile, il possibile accesso da parte delle autorità sanitarie e la memorizzazione dei dati; requisiti di *cyber security* efficaci per proteggere la disponibilità, l'integrità, l'autenticità e la riservatezza dei dati; scadenza delle misure adottate e cancellazione dei dati personali ottenuti attraverso tali misure al più tardi nel momento in cui la pandemia sarà dichiarata sotto controllo[323]; prescrizioni relative alla trasparenza per le impostazioni sulla privacy in modo da garantire la fiducia nelle applicazioni.

Siffatti principi vengono ulteriormente specificati in sede di *Toolbox*, con particolare riguardo all'uso volontario delle *app*; all'implementazione ed all'approvazione in stretto coordinamento con le autorità di sanità pubblica; alla piena conformità alle normative dell'Unione europea in materia di protezione dei dati e di tutela della vita privata, previa consultazione del Comitato europeo per la protezione dei dati; alla cancellazione dei dati quando non più necessari.

Inoltre, si chiarisce pure che le applicazioni devono essere basate sugli orientamenti

[321] Non a caso, nei documenti comunitari, torna spesso il richiamo al principio di interoperabilità delle applicazioni sviluppate in tutta l'Unione europea (*Cross-border interoperability requirements*).

[322] Il caricamento di dati di prossimità dovrà avvenire solo in caso di infezione confermata e con metodi appropriati per allertare le persone che abbiano avuto contatti stretti con la persona infettata, la quale deve comunque rimanere anonima.

[323] Dovranno essere garantiti un riesame periodico del persistere della necessità del trattamento dei dati personali per il contrasto della crisi Covid-19 e le opportune clausole di temporaneità. Si dovranno inoltre prevedere misure al fine di garantire che il trattamento, quando non più strettamente necessario, venga effettivamente soppresso e i dati personali irreversibilmente distrutti (a meno che, sulla base del parere dei comitati etici e delle autorità preposte alla protezione dei dati, il loro valore scientifico, al servizio dell'interesse pubblico, sia superiore all'impatto sui diritti in questione).

epidemiologici convenuti e sulle migliori pratiche in materia di sicurezza informatica e accessibilità; su soluzioni tecnologiche volte a rafforzare la tutela della vita privata, come la tecnologia di prossimità *Bluetooth*, e a non consentire il tracciamento della posizione delle persone. Centrale risulta, poi, il discorso intorno alla anonimizzazione dei dati: se è vero che le applicazioni possono allertare coloro che si sono trovati in una situazione di rischio di contagio (quindi, che hanno avuto un contatto rilevante con un individuo infetto) affinché si sottopongano al test o comunque si autoisolino, tutto questo processo si realizza senza rivelare l'identità di alcuno dei soggetti tracciati.

Dunque, i capisaldi del modello comunitario di *contact tracing* restano strettamente collegati ai principi cardinali che animano la disciplina della protezione dei dati personali in ambito comunitario, come di recente ridefiniti dal GDPR: in questo senso, le norme in materia di tutela della sfera personale non sono rinnegate, ma anzi riaffermate anche in fase emergenziale[324].

Non a caso, secondo quanto emerge dal *toolbox*, l'impiego di *app* per il tracciamento dei contatti deve avvenire su base rigorosamente volontaria e senza conseguenze negative per chi decida di non scaricare o utilizzare l'applicazione; ancora, in piena coerenza col binomio *informativa/consenso* (in coerenza con quanto previsto dagli artt. 12 e 13 GDPR), le diverse funzionalità dell'*app* (ad esempio, informazioni sull'epidemia, controllo dei sintomi, tracciamento dei contatti e allerta) non devono essere raggruppate, ma essere sviluppate in modo da consentire di prestare il proprio consenso rispetto a ciascuna funzionalità. Ancora, i dati di prossimità (generati dallo scambio di segnali *Bluetooth* a bassa energia fra dispositivi a una distanza epidemiologicamente significativa e durante il periodo a tal fine rilevante) impediscono il tracciamento degli spostamenti individuali ed, in ogni caso, devono essere conservati o esclusivamente sul dispositivo dell'interessato secondo un sistema di *decentralised processing*[325] oppure raccolti in forma anonima tramite

[324] Ne deriva che l'interessato potrà anche esercitare, in qualsiasi momento, i peculiari diritti che garantisce la normativa comunitaria vigente in materia: il diritto di accesso (art. 15 GDPR), il diritto di rettifica (art. 16 GDPR), il diritto all'oblio (art. 17 GDPR), il diritto di limitazione di trattamento (art.18 GDPR), il diritto alla portabilità dei dati (art. 20 GDPR), il diritto di opposizione al trattamento dei dati personali (art. 21 GDPR), il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato (art. 22 GDPR). In tema, sia consentito rinviare a V. D'Antonio - G.M. Riccio - S. Sica (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, Bologna, 2016.

[325] A proposito di questo profilo, nel *Toolbox*, a p. 13, si chiarisce che "the proximity data related to contacts generated by the app remains only on the device (mobile phone). The apps generate arbitrary identifiers of the phones that are in contact with the user. These identifiers are stored on the device of the user with no additional personal information or phone numbers". Questo modello è stato adottato in Italia, Belgio, Svizzera

un *server* gestito direttamente dall'autorità sanitaria pubblica (*Backend server solution*)[326].
La rappresentazione degli elementi caratterizzanti il modello europeo di *contact tracing* indicano, in maniera nitida, come l'impostazione seguita dall'ordinamento comunitario (e da quelli nazionali all'interno dell'UE) sia quella di un sistema di tracciamento *debole*, fondato in via essenziale sulla volontarietà dell'adesione ai meccanismi di controllo ed allerta.
In termini concettuali, questa opzione, finisce per affidare una delle principali misure di contrasto al diffondersi del virus ad una dimensione esclusivamente privatistica, presupponendo che gli individui, comportandosi secondo *ragione*, in maniera spontanea tendano ad assumere la condotta migliore possibile per la loro salute individuale e per quella collettiva.
Difatti, viste le fortissime limitazioni pure imposte ai diritti fondamentali e proprie della prima fase di contrasto al Covid-19, l'opzione per un modello esclusivamente volontaristico allorché, nella transizione alla cd. *fase 2* di contenimento dell'epidemia, si rischia di scalfire il diritto alla riservatezza, parrebbe trovare fondamento non tanto in una scelta sostanziale di affermazione di centralità del diritto individuale sulla dimensione collettiva di tutela della salute, quanto nella considerazione di fondo della razionalità intrinseca delle condotte individuali, indipendentemente da profili di cogenza normativamente definiti.
Il dato portante, allora, diviene la logica della *accountability*, intesa quale decisa responsabilizzazione individuale, rafforzata dall'ampia autonomia che proprio all'individuo viene garantita nella possibilità di conformare oppure no le proprie condotte

e Germania: la peculiarità di questa impostazione, dove tutto il processo si esaurisce all'interno del *device* dell'utente, è data dal fatto che esclusivamente l'interessato è in grado di sapere che gli è arrivata una notifica di allerta. Chiaramente, questo costituisce un vantaggio rispetto a rischi di compromissione dei dati, ma d'altro canto non consente di avere un quadro centralizzato di raccolta delle informazioni collegate all'epidemia.

[326] Rispetto a questa ipotesi di raccolta dei dati, nel Toolbox si evidenzia che "in this option, the app functions through a backend server held by the public health authorities and on which are stored the arbitrary identifiers. Users cannot be directly identified through these data. Only the arbitrary identifiers generated by the app are stored on the server. The advantage is that the data stored in the server can be anonymised by aggregation and further used by public authorities as a source of important aggregated information on the intensity of contacts in the population, on the effectiveness of the app in tracing and alerting contacts and on the aggregated number of people that could potentially develop symptoms" (pp. 13/14). Aderiscono a questo modello di centralizzazione dei dati, ad esempio, le applicazioni *mobile* elaborate nel Regno Unito e in Francia: chiaramente, il principale problema correlato a queste *app* è quello di una più facile associazione – anche incidentale – tra dati raccolti ed identificativi degli interessati, con rischi di compromissione del caposaldo dell'anonimato.

a canoni di prudenza che giustificherebbero, tramite l'utilizzazione delle *app* di *contact tracing*, il sacrificio, invero decisamente ridotto, della propria sfera individuale in favore dell'interesse collettivo ad identificare ed arginare in termini tempestivi nuove catene di contagio[327].

Il tema è, invero, evidentemente più complesso e, al di là di valutazioni astratte sulla tendenza degli individui ad adeguarsi spontaneamente a condotte *premianti* anche per la dimensione collettiva, che è assunto quantomai suscettibile di essere posto in dubbio, l'ordinamento comunitario, come più in generale quelli occidentali, allorché sottoposti ad un poderoso *stress test* che è andato a toccare le fondamenta dei loro assetti democratici, si sono dovuti confrontare con la necessità impellente di ripristinare quanto prima quel sistema di diritti che li giustifica nel loro esistere e li caratterizza in termini di stato di diritto.

4. Dal modello "paneuropeo" alle esperienze orientali.

Nel transitare dal modello comunitario alle esperienze orientali, si registrano soluzioni differenti rispetto al problema del tracciamento dei contagi e dell'utilizzo di tecnologie di *contact tracing*: in termini individuali, il dato caratterizzante è quello di una sostanziale svalutazione del profilo volontaristico per affidarsi a dinamiche normative a forte cogenza. In questo senso, sebbene ci si muova in contesti giuridici caratterizzati da una più acerba affermazione del diritto alla vita privata e, più in generale, da una scarsa attenzione riservata al tema della tutela dei dati personali[328], la prospettiva di approccio normativo parrebbe quella di ordinamenti fondati sul presupposto di rivolgersi ad individui mossi – secondo il dualismo dostoevskiano di cui si è detto – non da spinte basate sulla *ragione*, bensì esclusivamente sulla *volontà*. L'assunto è che, in assenza di un forte appartato cogente che *incanali* gli individui verso condotte conformi all'interesse superiore della tutela della

[327] In tema, G. Resta, *La protezione dei dati personali nel diritto dell'emergenza COVID-19*, in *giustiziacivile.com*, 5 maggio 2020, p. 10 ss.

[328] Sebbene le locuzioni *privacy* e *data protection* siano considerate fungibili, trattasi, a rigore, di nozioni aventi differente portata. Sul punto cfr. J. Kokott e KC. Sobotta, *The Distinction between Privacy and Data Protection in the Jurisprudence of the CJEU and the ECHR*, in *Int'L Data Priv. L.*, vo. 3/2013, p. 222, («despite substantial overlaps there also important differences, in particular with regard to the scope of both rights and their limitation»).

salute, i consociati, in via spontanea, potrebbero tendere verso l'irrazionalità di scelte pregiudizievoli per sé stessi e per la collettività.

Ed allora, la risposta dei paesi orientali al contenimento ed alla gestione della pandemia di Covid-19 costituisce, se raffrontata con quella posta in essere dai paesi appartenenti alla cd. "tradizione giuridica occidentale"[329], un nitido esempio di comparazione *per contrasto*, ove in luogo della centralità della autonomia privata si registra quello della coazione (pubblica) ed, al contempo, la preminenza della tutela della vita privata soggiace all'interesse collettivo alla tutela della salute. Naturalmente, l'opzione prescelta non ha la pretesa di esaurire la complessità delle singole realtà ordinamentali e non esclude l'esistenza di zone grigie, intermedie o più sfumate, legate alle peculiarità delle singole esperienze giuridiche. Essa risponde unicamente a finalità di rappresentazione dei tratti fisionomici più salienti dei modelli in questione e si propone di indagarne le cause.

L'uso di applicazioni mobili di tracciamento ci pone al cospetto di un duplice ordine di contrapposizioni: la prima riguarda la volontarietà/obbligatorietà dell'attivazione di sistemi di tracciamento da parte della popolazione; la seconda concerne l'opzione tra anonimizzazione dei dati raccolti e adesione a *social credit systems*. In via generale – l'analisi dei modelli giuridici nelle aree di riferimento evidenzia invero significative variabili – alla volontarietà nell'uso delle *app* si accompagna la criptazione delle informazioni raccolte, là dove le esigenze di *disclosure* sono assenti, o comunque, marginali nei paesi che adottano sistemi di controllo sociale. Sempre in via esemplificativa, al primo modello si ascrivono i sistemi giuridici europeo e nord americano, al secondo, invece, talune (non tutte) realtà asiatiche.

Nei paesi membri dell'Ue, la strada prescelta per appiattire la curva dell'epidemia è passata attraverso il *lockdown* delle attività, se del caso affiancato dall'utilizzo di tecnologie atte a monitorare i cittadini potenzialmente infetti. Facendo seguito alla Raccomandazione dell'8 aprile 2020 della Commissione, la quale poneva l'accento sulla necessità di adottare un approccio coordinato a livello europeo a sostegno della revoca graduale delle misure di confinamento e a tutela della privacy dei cittadini, essi hanno sviluppato un pacchetto di strumenti (*Toolbox of Practical Measures*) per l'uso di applicazioni mobili e per l'utilizzo

[329] Sulla nozione di *Western Legal Tradition* cfr., diffusamente, A. Gambaro e R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, in R. Sacco (a cura di), *Trattato di diritto comparato*, Torino, 1996, p. 51 ss, che ne individuano le radici ed i caratteri salienti «in un tipo specifico di mentalità storicamente formatosi nell'Europa del XI secolo, il quale attiene al sempiterno problema dei rapporti tra giustizia, diritto, politica, morale e religione».

di dati anonimizzati e aggregati sulla mobilità delle popolazioni.

Come visto, i requisiti essenziali per le applicazioni mobili di tracciamento dei contatti e allerta stabiliti nel *Toolbox* comunitario sono, tra gli altri, la volontarietà ed il pieno rispetto della vita privata e della tutela dei dati personali. Finalità di distanziamento sociale, atte ad interrompere la catena di trasmissione del virus, si accompagnano, dunque, alla necessità di garantire il rispetto – o almeno la non eccessiva compromissione – dei diritti fondamentali della persona. Non sorprende, pertanto, che la portata rafforzata che assume la riservatezza nella *Western Law* – in quanto diritto costituzionalmente protetto e, nel caso degli Usa, *penumbra right*[330] nato nel solco dell'interpretazione estensiva del V emendamento della Costituzione federale – abbia condizionato vistosamente il dibattito sull'utilizzo delle applicazioni, attivabili solo su consenso dell'interessato (cd. sistema *opt out*).

All'approccio paneuropeo – o auspicato tale – fa da contraltare un *modello Oriente*, che, pur nella diversità di epifanie spesso anche molto differenti le une dalle altre, dipendenti dal contesto socio-culturale di ciascuna realtà, privilegia, in linea di principio, misure coercitive e restrittive di controllo basate su applicazioni, piattaforme e sistemi informativi che possono prescindere dalla volontaria adesione delle parti (cd. sistema *opt in*).

È questo il caso di paesi come la Cina e la Corea del Sud, dove le finalità del controllo sulla popolazione, del tracciamento dei contagi e della mappatura del virus sono passate attraverso l'impiego massiccio ed invasivo di strumenti tecnologici, con conseguente compressione della sfera di riservatezza dei singoli. Allo scopo di obbligare i positivi a restare nelle proprie abitazioni e di impedire ai soggetti non positivi di violare le misure interdittive, si è fatto ampio ricorso alla geolocalizzazione tramite applicazioni e all'utilizzo di droni. *App ad hoc* e dati di rete cellulare sono stati, altresì, utilizzati per operare in via automatica il tracciamento degli spostamenti dei positivi onde identificare le persone con cui essi sono entrati in contatto e isolarle a loro volta. I dati raccolti sono stati infine utilizzati per effettuare una mappatura dei positivi utile alla popolazione ed alle istituzioni.

Nell'approccio normativo al ricorso a meccanismi di *contact tracing*, le esperienze orientali paiono invero accomunate dalla convinzione di fondo che la propagazione del virus possa

[330] L'interpretazione estensiva della clausola sul *due process clause* del *Bill of Rights* ha determinano l'emersione dei cc.dd. *penumbra rights*, diritti che sono tutelati dalla Corte Suprema in quanto rientranti nella sfera di azione del giusto processo (in argomento v. V. Varano e V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto* civil law common law, Torino, 2014, p. 345).

essere ridimensionata attraverso la virtuosa combinazione di questi strumenti, anche per scongiurare *patterns* di comportamento sociale all'insegna della irrazionalità, quali fuga dalle città, panico, accaparramento di generi alimentari, rivolte nelle carceri *et similia*; da preferirsi ai metodi di tracciamento analogici, praticati in molti paesi occidentali, che fanno leva sulla somministrazione di questionari al contagiato, reputati lenti, costosi e imprecisi (gli Stati Uniti hanno stimato che richiederebbero 300 miliardi di dollari in quel Paese). Alla base di questi interventi v'è un approccio utilitaristico[331] che giustifica le restrizioni alla libertà degli individui in nome di superiori esigenze di salvaguardia della salute pubblica, il quale stride con il comune patrimonio di valori che è a fondamento della *Western Legal Tradition*[332].

Dunque, pur nella difficoltà di ricondurre alla sintesi del modello unitario il caleidoscopio delle esperienze esistenti, non v'è dubbio che il tratto caratterizzante che identifica la prospettiva di molti ordinamenti orientali sia quella dell'approccio *forte* in termini di cogenza e di incidenza sulla sfera individuale; a differenza del modello comunitario, infatti, per un verso, all'individuo viene negato qualsivoglia spazio di autonomia rispetto all'adesione al sistema di *contact tracing* e, per un altro, nel bilanciamento tra interesse pubblico e sfera privata, v'è una decisa opzione in termini di preminenza della prima dimensione a scapito della seconda. Da questo punto di vista, negli ordinamenti orientali, la transizione dalla fase di *lockdown* rigoroso a quella di mitigazione delle restrizioni spesso non è accompagnata da forme di bilanciamento tra tutela della sfera privata e necessità di monitoraggio pubblico, dal momento che il monitoraggio pubblico è già una costante, a prescindere dalla fase emergenziale, e la percezione della necessità di tutela della sfera privata, tanto più ove intesa in termini di diritto, è decisamente poco marcata e percepita al più in via estremamente residuale, sicuramente soggiacente rispetto alla dimensione pubblica ed all'interesse superindividuale.

Questa connotazione di fondo incide e, per larghi tratti, determina la netta differenza di registro normativo rispetto al modello comunitario, accomunando per contrappunto – ove

[331] A. Hubert e M. Kerkhoff, *Origin of Modern Public Health and Preventive Medicine*, in *Ethical Dilemmas in Health Promotion*, 1987.

[332] Come osserva, muovendo dall'osservatorio dello stato del Tennessee, W.O. Shults, *Cover Story: Tennessee Law in the Time of The Pandemic Disease; Balancing the Needs of Society with Personal Liberites*, in B.J. Tennessee, vol. 14/2020, 56 misure di contenimento obbligatorie quali la quarantena e l'isolamento "can be administered in a way that preserves core American values such as personal liberty and rights provided for in state and federal constitutions".

analizzate in un ideale campo lungo – esperienze giuridiche che, in ogni caso, fanno registrare differenze di approccio importanti ove analizzate nelle loro specificità. In altre parole, anche rispetto al peculiare tema della disciplina del *contact tracing*, discorrere di un *modello Oriente* può avere ragion d'essere esclusivamente in una logica di demarcazione profonda rispetto a quanto avviene in Europa e, più in generale, negli ordinamenti della *Western Legal Tradition*, ma il riferimento unificante finisce per perdere molta della propria utilità, in termini epistemologici, allorché analizzato nella sua essenza propria e specifica, ove riemergono tutte le peculiarità di epifanie giuridiche anche estremamente diversificate le une dalle altre. Ciò è particolarmente vero con riferimento all'esperienza della Repubblica popolare cinese, dove, il tema della privacy nei confronti dell'autorità statale deve essere tenuto distinto – come si dirà – dal tema della privacy nei rapporti tra privati[333], facendo registrare, sotto quest'ultimo profilo, significativi passi verso la creazione di un modello originale, più stringente di quello nord americano e maggiormente proteso verso il modello europeo[334].

5. La risposta "anticipata" di Singapore: *TraceTogetherApp* e *Proactive Screening*.

Nell'esperienza di Singapore, città stato di oltre 5 milioni di abitanti dove convivono le culture occidentale, cinese ed indiana, il fattore tempo ha giocato un ruolo nevralgico nella scelta delle strategie da adottare per la gestione del virus. Nella cd. Svizzera di oriente, peraltro strettamente interconnessa con la Cina continentale ed in particolare con Wuhan, epicentro dell'epidemia, l'opzione è stata, sin da subito, a favore di una risposta aggressiva ed anticipata, complice il ricorso ancora vivo delle recenti epidemie dell'Aviaria e di H1N1. Forti dell'esperienza maturata dal *National Centre for Infectious Diseases* (NCID), il controllo dei contagi è qui avvenuto *sul nascere*, al primo segnale di possibile crisi epidemica, attraverso l'utilizzo delle più avanzate tecnologie per mantenere vigili il

[333] Sul punto cfr. E. Pernot-Leplay, *China's Approach on Data Privacy Law: A Third Way Between The U.S. and the E.U.*, in *Penn. St. J.L. & Intl. Aff.*, 2020, vol. 49, p. 1 ss. ("country regulates differently privacy from the state and privacy from private actors").

[334] La tensione del diritto cinese verso il modello europeo in material di privacy è illustrato da G. Greenleaf, *The Influence of European Data Privacy Standards Outside Europe: Implications for Globalization of Convention 108*, in *Int'L Data Priv. L.*, vo. 2/2020, p. 68 ss.

controllo ed i sistemi di allerta. Basti pensare che, negli aeroporti, gli arrivi da Wuhan sono stati sottoposti a controlli sanitari prima che la trasmissione del virus da uomo a uomo fosse confermata il 20 gennaio, e che già dal primo febbraio, Singapore, insieme a Taiwan e Hong Kong, ha implementato in modo proattivo le restrizioni di viaggio sui passeggeri provenienti dalla terraferma. Queste precauzioni, pur avendo comportato un ingente costo - la Cina continentale costituisce il principale partner commerciale e la fonte primaria del turismo - hanno consentito di applicare il controllo coercitivo ad una ristretta cerchia della popolazione. Singapore ha, inoltre, proceduto ad un rigoroso rilevamento dei malati attraverso un imponente tracciamento dei contatti, affiancato da una altrettanto rigorosa quarantena, che si fonda su un sistema misto tendenzialmente decentralizzato, differente da quello API, offerto da Apple-Google. Il Governo di Singapore, aspramente criticato durante l'epidemia SARS per l'adozione di misure fortemente lesive della privacy (obbligo delle persone poste in quarantena di essere costantemente connessi ad una *webcam* e di procedere alla misurazione della temperatura due volte al giorno)[335], ha a più riprese precisato[336] che, in assenza di chips di geolocalizzazione, non è dato considerare la app prescelta (*TraceTogether*) come un dispositivo di tracciamento (*tracking device*), munito di tag elettronico ed atto ad individuare posizione e spostamenti dei singoli, trattandosi piuttosto di uno strumento utile a seguire a ritroso le tracce del contagio (*contact tracing device*)[337], il quale consente l'*uploading* dei dati solo con la partecipazione ed il consenso dell'interessato. *TraceTogether*, che ha preso il via lo scorso 20 marzo, può essere scaricata da chiunque abbia un numero di cellulare di Singapore e sia in possesso di uno *smartphone* abilitato *bluetooth*. Dopo aver prestato il consenso ed aver attivato il *bluetooth*, l'utente dovrà abilitare le notifiche *push* e le autorizzazioni di posizione. L'*app* funziona scambiando segnali *bluetooth* a breve distanza tra telefoni per rilevare altri utenti dell'*app* che si trovino nelle immediate vicinanze. Le informazioni raccolte sono criptate ed archiviate nei dispositivi per 25 giorni, trascorsi i quali esse sono automaticamente

[335] M. A. Rothstein, in AA.VV., *Quarantine ad Isolation: Lessons Learned from SARS. A Report to the Centres for Disease Control and Prevention*, 2003, p. 89 ss., in http://stacks.cdc.gov/view/cdc/11429.

[336] Cfr. l'intervista rilasciata dal Ministro degli Affari esteri di Singapore Vivian Balakrishnan a Channel New Asia (8 giugno 2020), nella quale egli puntualizza: "it is not a tracking device. It is not en electronic tag as some Internet commentaries have fretted about […] Without a GPS chips, the device cannot track an individual's location and movements".

[337] I verbi *to track* e *to trace*, pur condividendo l'accezione di seguire delle tracce di identificare un percorso, assumono significazioni differenti: il primo (*to track*) comunica l'idea di seguire una pista bel definita in avanti, fino alla fine, con un orientamento verso il futuro; il secondo (*to trace*) comunica invece l'idea di seguire delle tracce a ritroso, per risalire ad una origine, ad una causa, con un orientamento verso il passato.

cancellate, salvo essere condivise con il Ministero della Salute (MOH) qualora ad un individuo venga diagnosticato il Covid-19, all'esclusivo scopo di consentire ad una ristretta cerchia di operatori di ricostruire la catena dei contagi. In questa evenienza, la persona contattata dal Ministero è obbligata a collaborare nella mappatura dei propri movimenti ed interazioni, a fornire qualsiasi informazione di cui sia a conoscenza e a produrre documenti utili alla finalità del tracciamento.

Nelle intenzioni della *Government Technology Agency (GovTech)*, che ha sviluppato l'*app* insieme al MOH, *TraceTogether* consente agli utenti di collaborare attivamente nel processo di tracciamento dei contatti. L'assenza di un database centrale testimonia la scelta a favore di una soluzione digitale che sia rispettosa della privacy e che si giustifica esclusivamente per far fronte all'emergenza (l'*app* cesserà di funzionare al termine dell'epidemia). Ovviamente l'efficacia di tale opzione dipende, in larga misura, dalla risposta della popolazione: una adesione nella misura del 75% dovrebbe, secondo le stime, rivelarsi determinante per il successo dell'operazione. Allo stato risulta, tuttavia, che essa sia stata adottata soltanto da una modesta percentuale (circa il 25%) e che, sul piano tecnico, abbia dato prova di cattivo funzionamento con gli *I-phones*, posto che *Apple*, diversamente da iOS, necessita di un database centralizzato. Pertanto, esclusa l'eventualità di rendere obbligatoria l'attivazione di *TraceTogether,* è allo studio una soluzione che prescinde dal possesso di uno *smartphone* e che persegue le medesime finalità di tracciamento attraverso l'utilizzo da parte del cittadino di un qualsiasi strumento portatile.

6. *App* di tracciamento e *Social Credit System*: la Repubblica Popolare Cinese e la Corea del Sud.

La logica *orwelliana* del *Social Credit System* (SCS), da tempo sperimentato nella Repubblica popolare cinese, pervade anche le scelte operate in materia di *contact tracing* (*rectius*, *contact tracking*). Il sistema di valutazione sociale, nato nel 2007 su proposta del Consiglio di stato cinese**,** autore delle *Guiding Opinions Concerning the Construction of a Social Credit System*, è oggetto, dal 2014, del *Planning Outline for the Construction of a Social Credit System (2014-2020)*, il quale individua quattro aree di intervento: onestà negli

affari di governo; integrità commerciale; integrità sociale e credibilità giudiziaria. L'SCS[338] trova giustificazione, sul piano declamatorio, nella velleità di *migliorare* la società cinese attraverso il vaglio di una ingente mole di informazioni di varia natura (pagamenti, comportamenti, spostamenti, sanzioni), atte a valutare, appunto, la reputazione, il credito sociale di persone, aziende e amministrazioni locali. Nelle ottimistiche previsioni del Governo, esso è destinato ad auto alimentarsi grazie alla proattiva collaborazione di cittadini, aziende ed enti, impegnati a migliorare il proprio *rating score*, se del caso segnalando comportamenti non virtuosi altrui. Nei fatti, trattasi di un meccanismo in grado di monitorare persone fisiche e giuridiche attraverso un complesso sistema di controllo, al quale si riconnettono misure premiali e sanzionatorie conseguenti alla valutazione stessa, mercé l'impiego delle più moderne tecnologie. Il *Social Credit System* si avvale di molteplici canali di approvvigionamento dei dati, e non dell'inserimento delle informazioni da parte di funzionari astrattamente corruttibili, organizzati tramite una rete e condivisibili con tutte le autorità coinvolte. Il monitoraggio dei *Big Data*[339] consente di accreditare un punteggio in tempo reale sì che gli uffici competenti, leggendolo, possono stabilire a quali servizi abbia diritto il cittadino o l'azienda sulla base del *credit score* maturato. In particolare, per quel che concerne le persone fisiche, un *rating* positivo, dipendente da attività prestate ad esempio nei servizi sociali o dall'impegno profuso nel volontariato, dà diritto a servizi gratuiti o garantiti (dalle fast lane negli uffici comunali ai servizi di *bike sharing*), mentre un *rating* negativo, imputabile a morosità nel pagamento di debiti o di bollette per le utenze domestiche) fa scattare preclusioni nell'acquisto di titoli di viaggio, nell'accesso a determinati servizi (come il soggiorno in un hotel o la concessione di un prestito) e ad offerte di lavoro; la sottoposizione a più frequenti controlli (in aeroporto)[340].

[338] Come rileva G. Kostka, *China's Social Credit Systems and Public Opinion: Explaining High Levels of Approval*, in *New Media and Soc'y*, 2019, p. 1565 ss., diversamente da quanto avviene nelle democrazie occidentali, il SCS non è percepito come uno strumento intrusivo della privacy; al contrario esso incontra il gradimento della popolazione cinese, soprattutto di elevato ceto sociale. Il Governo cinese è, tuttavia, consapevole che vi è il rischio di errori, ragion per cui a Shangai si è tenuto un summit per stabilire "how scores can be checked and mistakes rectified" (testualmente Amy Hawkins, *Chinese Citizens Want the Government to Rank Them*, in *Foreign Pol'y*, May 24, 2017), https://foreignpolicy.com/2017/05/24/chinese-citizens-want-the-government-to-rank-them/.

[339] A. Nicita e M. Del Mastro, *Big Data. Come stanno cambiando il mondo*, Bologna, 2019. Sul massiccio utilizzo di Big Data in Cina cfr. X. Lin, *A Dangerous Game: China's Big Data Advantage and How the U.S. Should Respond*, in *University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy*, 2020, p. 253 ss.

[340] I criteri di valutazione per le aziende e gli enti locali riguardano, tra gli altri fattori, l'attenzione all'ambiente, la regolarità nei pagamenti, la sensibilità per il sociale e consentono l'attribuzione di uno score che, se positivo, apre la strada ad agevolazioni e finanziamenti; se negativo, invece, a preclusioni nell'accesso a bandi governativi, a maggiori controlli o a difficoltà nell'accesso al credito. Il sistema è stato adottato anche

Per realizzare questa profilazione di massa, che potenzialmente coinvolge un quinto della popolazione mondiale, il Governo si avvale di una complessa infrastruttura di reti di dati, fondata sulla cooperazione e sulla condivisione delle informazioni tra numerosi attori (dogane, autorità ferroviarie, compagnie aeree, istituti di credito, ecc.).

In questo contesto si innesta *Alipay Health Code*, l'*app* ideata per contrastare il Coronavirus, la quale, utilizzando i Big Data in possesso dell'autorità sanitaria cinese, assegna ad ogni cittadino un colore (verde, giallo o rosso) sulla base degli spostamenti effettuati, del tempo trascorso in luoghi individuati come possibili focolai epidemici o a contatto con potenziali portatori del virus, al fine di stabilire chi deve essere posto in quarantena e chi può circolare liberamente[341]. I *devices* collegati all'*app*, grazie ad un sofisticato sistema che impiega algoritmi ed altre forme di intelligenza artificiale, obbligano gli utenti a fornire nominativo, numero di telefono e codice di identificazione nazionale, dal quale ultimo, attraverso una ricerca *on line*, è possibile acquisire informazioni suppletive – all'occhio dell'osservatore esterno non indispensabili per finalità di prevenzione e contenimento della malattia – relative alla persona contagiata, quali il volto, foto o notizie sui suoi familiari. A ciò si aggiunga che il Governo, già forte di 200 milioni di telecamere installate nel paese, è alla costante ricerca di *partners* del mondo del Tech che lo coadiuvino in questa imponente operazione di mappatura.

Quanto il successo nell'implementazione di sistemi di *contact tracing* sia frutto dell'intima adesione[342] ideologica della popolazione e quanto invece della proverbiale acquiescenza dei cinesi rispetto alle scelte governative dipende, in termini più generali, dal gradimento che incontra il modello del *Social Credit* in questa parte del globo e, sotto diverso profilo, dalla ancora acerba tutela di cui godono i dati personali e la riservatezza. Se, da un lato, l'approccio cinese costituisce un unicum per la sua struttura tentacolare e centralizzata, una

da aziende private, come il gigante dell'e-commerce Alibaba, il quale ha introdotto lo Zhima Credit (o Sesame credit), attraverso il quale si possono ottenere vantaggi presso le società collegate del gruppo, ad esempio esoneri dalla prestazione di garanzie per servizi di noleggio, sconti e addirittura maggiori *contatti* nel sito di incontri di incontri sponsorizzato dalla compagnia (Baihe). Il sistema premia dunque il cliente fedele e *degno di fiducia*, chiedendo minori garanzie e offrendo altri benefit, ma non prevede – diversamente dal modello di *social credit puro* – sanzioni per i soggetti con un basso *credito*.

[341] In argomento cfr. G. Zunino, *Coronavirus, app e sistemi per tracciare i positivi: come funzionano (nel mondo, in Italia)*, in A*gendadigitale.ue*, 23.04.2020.

[342] I sondaggi riportano un gradimento dell'80% ed alcune municipalità riportano un sensazionale abbattimento nel ritardo dei pagamenti di debiti da quanto è stato implementato il sistema di *Social Credit*. Naturalmente la spontaneità delle risposte e la veridicità di questi dati sollevano legittimi sospetti nell'osservatore esterno.

sorta di *Big Brother*, è anche vero che trattasi di un fenomeno di proporzioni oramai globali. Si pensi ai sistemi di merito creditizio, particolarmente utilizzati negli USA[343], dove i cittadini che intendono accedere ad un finanziamento si preoccupano della *responsabilità* dei loro acquisti online e di come questi verranno valutati dall'istituto di credito, o, in Europa, all'accentramento delle informazioni conseguente alla fatturazione elettronica.

Più significativo dal punto di vista sistemologico è il dato che attiene alla portata del diritto alla riservatezza e alla tutela dei dati personali nelle relazioni interprivate; profilo che, come si è detto, va tenuto distinto dal rapporto tra privacy e autorità statali. Evidenti sono gli sforzi di abbandonare la logica settoriale che caratterizza il modello nordamericano di disciplina della materia, a favore di una regolamentazione onnicomprensiva, sull'esempio di quello europeo. Ne è conferma la recente legislazione, civile e penale[344], che, in assenza di una previsione costituzionale *ad hoc*[345], ha conferito maggiore peso e consistenza al diritto alla riservatezza nel panorama domestico. Trattasi tuttavia di interventi in specifiche materie – banca e finanza, sanità, tutela del consumatore, telecomunicazioni ed internet – privi dell'afflato unitario che contraddistingue il modello europeo. Ad oggi, e malgrado il susseguirsi di proposte legislative, la tutela dei personal data è al GB/T 35273-2020 (cd. PI Specification), che modifica e sostituisce la versione del 2017 GB/T 35273-2017 (*Personal Information Security Specification*)[346]. Tale documento, ricalcato sul GDPR europeo, è, come si evince dallo stesso codice GB/T, di applicazione facoltativa ed è indirizzato tendenzialmente alle sole aziende private, definendo le *best practises* cui attenersi in materia di protezione delle informazioni personali, nel rispetto della legge sulla sicurezza informatica (in vigore dal 1 giugno 2017).

---

[343] Denunciano le lacune legislative ed auspicano un intervento del Congresso per sviluppare il sistema di *credit scoring* nel segno della trasparenza, della correttezza e della non discriminazione M. Hurley e J. Adebayo, *Credit Scoring in The Era of Big Data*, in *Yale Journal of Law & Technology*, vol. 18/2016, p. 148 ss.

[344] La nozione di privacy è stata, sino al recente passato, del tutto misconosciuta. Essa fa capolino in una serie di leggi che, senza menzionarla espressamente, pongono le basi per il suo riconoscimento: tra queste si annoverano The General Principles of Civil Law of the Republic of China (GPCL), entrati in vigore nel 1987, e modificati nel 2017; The Criminal Law of the People's Republic of China 1979, modificata nel 2009; The Tort Liability Law of the People's Republic of China 2009, the NCP Decision ad opera della Standing Committee of the National People's Congress 2012; The Cyber Security Law (CSL) 2017.

[345] La Costituzione della Repubblica popolare cinese (1982) sancisce, all'art. 38, il diritto alla dignità della persona; all'art. 40, l'inviolabilità della corrispondenza; all'art. 30, l'inviolabilità del domicilio.

[346] La State Administration for Market Regulation (SAMR) e la Standardization Administration of China (SAC) hanno pubblicato congiuntamente la Information Security Technology - Personal Information Security Specification (GB / T 35273-2020) (PI Specification) proposta dal National Information Security Standardization Technical Committee (TC260) il 6 marzo 2020 come modifica e sostituzione della versione di novembre 2017 (GB / T 35273-2017). La specifica PI entrerà in vigore il 1 ottobre 2020.

Negli auspici, la *PI Specification* dovrebbe attribuire maggior peso alla volontà degli individui ed introdurre restrizioni all'uso della profilazione degli utenti; tuttavia il GB/T non costituisce di fatto un limite all'attività centralizzata di raccolta e di diffusione dei dati personali[347], attestandosi sul piano delle "non-binding rules"[348].

In Corea del Sud, paese culturalmente ed ideologicamente affine alla Cina, il paradigma utilizzato nella lotta contro il coronavirus prevede una spinta attività di *geotracking*, abbinata ad una elevata quantità di test ed all'isolamento individuale. Analogamente al caso cinese, l'impiego di nuove tecnologie non costituisce una novità assoluta, rappresentando piuttosto il naturale sviluppo di strategie già sperimentate durante l'epidemia Mers del 2015 e del progetto *smart cities*[349] avviato dal Governo sin dal 2003, il quale, come è noto, è incentrato sulla raccolta di ingenti quantità di informazioni contenute nei *databases* governativi e non.

La diffusione del Covid-19 non ha, pertanto, colto alla sprovvista le istituzioni sudcoreane, le quali, hanno prontamente – e, come si conviene ad un regime autoritario, senza coinvolgimento della società civile –, adottato[350] l'*app Corona100m*, che, previa prestazione del consenso dell'interessato, registra, tramite GPS, una serie di informazioni che saranno condivise, in tempo reale ed in forma anonima, con tutti gli iscritti. Parallelamente, il Ministero dell'interno e della Sicurezza sudcoreano ha avviato il

[347] È di tutta evidenza che tale approccio pone delicati problemi di tutela della riservatezza ed espone al rischio di discriminazione gli individui provenienti da Wuhan e quanti siano transitati nella provincia dell'Hubei. Per prevenire il rischio di una violazione dei dati, la *Cyberspace Administration* ha emanato una circolare nella quale, puntualizzando quanto già affermato dalla *National Health Commission*, si afferma che la raccolta dei dati personali deve ispirarsi ai principi della necessità e della minimizzazione e si invitano le società a ciò preposte a d acquisire il consenso degli interessati ove le informazioni debbano essere utilizzate per scopi diversi dalla prevenzione e dalla gestione del Covid, vale a dire per finalità di ricerca, di monitoraggio, di sviluppo di nuovo prodotti o servizi.

[348] E. Pernot-Leplay, *China's Approach on Data Privacy Law: A Third Way Between The U.S. and the E.U.*, in *Penn. St. J.L. & Intl. Aff.*, vol. 49/2020, p. 1 ss.

[349] La definizione di *smart city* è controversa. Come rileva V. Albino, in AA.VV., *Smart Cities: Definitions, Dimensions, Performance, and Initiatives*, in *Journal. Urb. Tech.*, vol. 22/2015, p. 6, la nozione da preferirsi è la seguente: "A city that monitors and integrates conditions of all of its critical infrastructures, including roads, bridges, tunnels, rails, subways, airports seaports, communications, water, power, even major buildings, can better optimize its resources, plan its preventive maintenance activities, and monitor security aspects while maximizing services to its citizens". La raccolta di dati personali è il fondamento sul quale si poggia il progetto delle *smart cities*, con conseguenti problemi relativi al rispetto della privacy: in argomento cfr. J. Wagner Givens e D. Lam, *Smartier Cities or Bigger brother? How the Race for Smart Cities Could Determine The Future of China, Democracy and Privacy*, in *Symposium Urban Intelligence and The Emerging City*, in *Fordham Urban Law Journal*, vol. 47/2020, p. 829; L. Edwards, *Privacy, Security and Data Protection in Smart Cities: A Critical EU Law Perspective*, in *Eur. Data Prot. L. Rev.*, vol. 28/2016.

[350] M. Cardone e M. Cecili, *Osservazioni sulla disciplina in materia di dati personali in tempi di Covid-19. L'Italia e i modelli sudcoreano, israeliano e cinese: opzioni a confronto*, in *Nomos*, n. 1/2020, p. 10 ss.

tracciamento delle persone infette utilizzando i dati personali contenuti nei *databases* governativi e nelle telecamere posizionate in luoghi pubblici, nonché quelli conseguenti alla geolocalizzazione ed alle transazioni operate con carte di credito. Tutti i dati relativi a contagi, decessi, guariti sono pubblicati su un sito *web*; come pure sono rese note le generalità (nome, indirizzo, luogo di lavoro) e gli spostamenti delle persone positive al virus, anche dando avviso tramite SMS ai cittadini che abbiano frequentato gli stessi luoghi nei quali è transitato un infetto.

Analogamente a quanto rilevato nell'esperienza cinese, il massiccio ricorso alla tecnologia per ragioni sanitarie ed emergenziali determina una intollerabile compressione del diritto alla riservatezza, tanto a dispetto della vigenza di una dettagliata normativa in materia di privacy e della sua valenza di diritto costituzionale. Sotto il primo profilo è evidente la lesione del principio di minimizzazione dei dati richiamato, tra gli altri, dal *Personal Information Protection Act* (PIPA)[351], il quale impone di limitare l'utilizzo dei dati personali al perseguimento di specifiche finalità e per il tempo strettamente necessario allo scopo prefissato. Quanto al secondo aspetto, è opportuno precisare che la Corte Costituzionale sudcoreana, nella decisione nota come *Fingerprint Case*[352], ha riconosciuto ai *data privacy rights* la consistenza di diritti di rango costituzionale ai sensi degli artt. 10 e 17 Cost. e, con riferimento al caso di specie, ha equiparato le impronte digitali a informazioni personali il cui utilizzo rappresenta una restrizione del "right to information self-determination"[353]. Il peso specifico di questa sentenza è tangibile ove si ponga mente alla funzione nomofilattica di fatto dispiegata dall'Alta Corte all'interno di un sistema nel quale – complice anche l'influenza di Portalis e del *Code civil* nel processo di codificazione

[351] Nel gennaio 2020, l'Assemblea Nazionale coreana ha emendato le tre fondamentali leggi in materia di privacy *Personal Information Protection Act* (PIPA), *Act on the Promotion of Information and Communications Network Utilization and Information Protection* (Network Act) e l'*Act on the Use and Protection of Credit Information* (Credit Information Act), introducendo il principio di minimizzazione dell'impatto dell'attività di monitoraggio ed il concetto di *pseudonymised data*.

[352] Constitutional Court of Korea, 26/5/2005. Il caso concerneva la legittimità costituzionale dell'impiego delle impronte digitali rilevate ai cittadini adulti coreani per ottenere il rilascio delle Resident Registration Cards nell'ambito dell'attività investigativa della polizia. In questa occasione l'Alta corte ha rilevato che, sebbene il diritto alla privacy sui propri dati non sia espressamente contemplato dalla Costituzione, nondimeno – come rilevano a commento della sentenza H. Ko, J. Leitner, E. Kim e J. Jung, *Structure and Enforcement of Data Privacy Law in South Korea*, Brussels privacy hub, Working paper, vol. 2, 7, ottobre 2016, p. 12, "data privacy rights should nonetheless be recognized as fundamental constitutional rights, which are derived from other rights such as the right to private life (Article 17) and the right to dignity and to pursue happiness (Article 10)".

[353] Principio ribadito più di recente dalla Constitutional Court of Korea, nella decisione del 23 dicembre 2015.

coreano[354] – l'elaborazione della legge avviene attraverso un duplice canale: la legge ed i giudici[355].

7. L'esperienza israeliana: tecnologia e stato di diritto nell'orientamento della Corte Suprema.

Un massiccio uso di tecnologie di sorveglianza per contrastare la diffusione dell'epidemia si registra in Israele, sistema giuridico di complessa qualificazione per via della sua anima composita che lo colloca in una zona spuria, a metà tra sistemi di *civil* e di *common law*. Nel paese è stata lanciata un'applicazione denominata *Hamagen* (scudo), che traccia le posizioni degli utenti per verificare eventuali esposizioni. Le informazioni, memorizzate soltanto sullo *smartphone*, vengono confrontate con quelle in possesso del ministero della Salute: se i dati si incrociano, il ministero fornisce indicazioni per la registrazione e l'auto-quarantena.

Sostanzialmente, l'applicazione sfrutta la geolocalizzazione per tracciare i movimenti di una persona iscritta alla piattaforma, che è risultata positiva al coronavirus. Gli utenti vengono avvisati tramite una notifica se sono stati in contatto con un positivo o se hanno frequentato dei luoghi a rischio contagio ed invitati a recarsi presso le autorità sanitarie per un controllo.

Durante la fase acuta dell'epidemia, il Parlamento israeliano (*Knesset*) ha autorizzato lo *Shin Bet*, l'agenzia di intelligence interna, tradizionalmente impegnata nella lotta contro il terrorismo, ad utilizzare il proprio database segreto per arrestare la diffusione del Covid-19[356]. Sebbene la *Knesse*t abbia individuato un arco temporale di un mese, con scadenza 30 aprile, la decisione della Commissione Affari esteri e Difesa non ha chiarito se la possibilità di estrarre informazioni dai dispositivi mobili di soggetti individuati come positivi potesse protrarsi anche dopo la cessazione dell'emergenza sanitaria. Ciò ha

[354] In argomento cfr. K. Kim, *Codification in the 21 st Century. A View from Korea*, in *Codification. The 2012 International Congress of Comparative Law*, Taiwan, May 24-26, p. 3 s.
[355] K. Kim, *Les différents techniques de l'élaboration de la loi: le code et les cases*, in *Droits privés en cours de globalization: perspectives coréano-français*, Colloque international du centenaire de la faculté de Droit de la Korea University et du Bicentenaire du Code Civil Français, 12/3/2005.
[356] Sul punto v. S. Elder, *Coronavirus Crisis Exposis Shin Bet's Secret Database*, in al-monitor. com (1 aprile 2020).

sollevato le vibrate proteste di talune associazioni per la tutela dei diritti civili, dell'opinione pubblica e delle stesse istituzioni, preoccupate della tenuta di un diritto fondamentale quale è la privacy all'interno di uno Stato che si proclama democratico[357]. A tal riguardo non è superfluo precisare che il diritto alla riservatezza trova fondamento nelle *Basic Laws* che compongono la costituzione israeliana[358] e nella *Israeli Privacy Protection Law* (1981). Il 23 marzo, dunque con largo anticipo rispetto alla scadenza fissata dal Parlamento, l'Autorità Garante ha emanato delle linee guida sui profili della privacy potenzialmente coinvolti dalla pandemia, sottolineando come l'eccezionalità delle circostanze imponga di operare un costante bilanciamento tra il controllo del virus e le possibili violazioni della riservatezza, di minimizzare l'impatto di eventuali provvedimenti restrittivi della sfera privata che si rendessero necessari per finalità di prevenzione e controllo del virus e, per quel che concerne i dati personali, di utilizzarli esclusivamente per ragioni riconducibili all'emergenza sanitaria[359]. Reiterando un principio già contenuto *nella Section (2) delle Privacy Protection (Information Security) Regulations* (2017), l'*Authority* ha precisato che i soggetti preposti al controllo dei dati devono valutare, al cessare dell'epidemia, la necessità di trattenere per sé i dati e, in caso negativo, di provvedere alla loro cancellazione.

Nei fatti, l'instabilità politica – Israele ha da un anno un governo di transizione – e la aggressività del virus hanno, in un primo momento, indotto l'esecutivo a varare una strategia di contenimento dell'epidemia che, scavalcando la *Knesset* e prescindendo dall'autorizzazione dei tribunali, si è contraddistinta per tempestività e per capacità di adattare il *know how* maturato nel contrasto al terrorismo all'emergenza Covid attraverso il controllo dei cellulari e degli strumenti di mobilità elettronica, tra cui carte di credito e di debito**.** A dispetto del consenso riscosso all'esterno – il modello israeliano è da più parti

[357] "Israel is jewish and democratic state" (testualmente R. Hirschl, *The 'Constitutional Revolution' and the Emergence of the New Economic Order in Israel*, in *Israel Studies*, n. 1/1997, p. 136).

[358] All'indomani della Dichiarazione di Indipendenza (1948), i contrasti insorti in sede di Assemblea costituente circa la forma da attribuire alla costituzione israeliana sono sfociati nella emanazione della cd. *Harari Resolution* (13 giugno 1950), in virtù della quale la Constituent Assembly ha mutato il proprio nome in Knesset, optando per l'emanazione di una costituzione composta di capitoli isolati, ciascuno dei quali è denominato *basic law* (Divrei Ha-Knesset, vol. 5, p. 1793: "the Constitution shall be composed of individual chapters, in such a manner thet each of them shall constitute a basic law in itself. The individual chapters shall be brought before the Knesset […] and all the chapters together will form the State Constitution").

[359] Cfr. *Israeli Privacy Protection Authority's Guidelines on Privacy Aspects Of the Coronavirus Epidemic* (COVID-19): "a key principle is that the personal data must be used solely for the purpose for which it was collected".

riguardato come esempio da emulare per la sua efficacia –, potere legislativo e potere giudiziario non hanno tardato a replicare all'esecutivo. Una commissione parlamentare di controllo ha interrotto l'uso delle tecniche di monitoraggio, reputando i benefici derivanti dall'uso delle *app* nettamente inferiori al sacrificio richiesto ai cittadini in termini di violazione della privacy, mentre la Corte Suprema si è resa autrice di una importante decisione, resa pubblica il 26 aprile scorso, nella quale, indagando il difficile rapporto tra libertà individuali e sicurezza collettiva, ha solennemente bocciato la strategia del governo. L'intervento dell'Alta Corte, la quale svolge un ruolo di riequilibrio e di contrappeso decisivo all'interno del sistema israeliano – basti pensare al controllo che essa esercita sull'operato dei tribunali rabbinici[360] – è giunto, non a caso, dopo le ripetute sollecitazioni espresse da esponenti della società civile, condannando la raccolta, lo stoccaggio e l'uso dei dati personali per finalità non strettamente connesse all'emergenza e reclamando un intervento legislativo della *Knesset* sulla materia specifica. In un significativo passaggio, il Presidente della Suprema Corte, Ester Hayut, ha affermato che sebbene la lotta per arginare il virus possa implicare, in via eccezionale, l'adozione di misure straordinarie, in deroga all'ordinaria vita democratica, il fattore tempo deve essere inteso come dirimente; pertanto non può avere corso una iniziativa dai caratteri «invasivi» se non vi è chiarezza incontrovertibile sulla sua durata nonché sulla destinazione delle informazioni raccolte[361]. La scelta dello Stato di utilizzare il suo servizio di sicurezza preventiva, normalmente riservato ai sospetti terroristi di Hamas, ai loro parenti e amici, pone, rispetto agli oltre otto milioni di cittadini coinvolti, evidenti problemi di costituzionalità, oltre che di etica. I rilievi formulati dal massimo organo giurisdizionale circa il rapporto tra sicurezza, salute, tecnologia e Stato di diritto sono ampiamente condivisibili, vieppiù se si consideri che l'invito alla moderazione nell'attività di *contact tracing* proviene dall'autorevole istituzione di un paese la cui popolazione convive con *app* che avvisano i cittadini dell'avvenuto invio di missili, razzi o bombe sul territorio israeliano.

[360] R. Halperin-Kaddari, *Expressions of Legal Pluralism in Israel: The Interaction Between the High Court of Justice and Rabbinical Courts in Family Matters and Beyond*, in *Jewish Family Law in the State of Israel*, 2002, p. 185.

[361] Secondo i giudici vi è un pericolo evidente di una deriva «scivolosa» nell'utilizzo di un'arma «straordinaria», che potrebbe avere anche dei «risvolti dannosi».

8. Conclusioni.

La *policy* che ispira il tema delle *app* per il *tracing* dei contagiati nei paesi occidentali è nel segno della volontarietà, della trasparenza, del rispetto della privacy e dell'anonimizzazione dei dati. Sotto il primo profilo, la necessaria e proattiva collaborazione del singolo, il quale va reso edotto delle conseguenze connesse all'uso dell'applicazione e, in particolare, al possesso di informazione circa il contagio (proprio e altrui), favorisce l'emersione di un sentimento di responsabilità sociale, che ha una ricaduta positiva sull'intera collettività. Naturalmente, è indispensabile che il singolo possa confidare nella trasparenza del servizio e nell'assenza del perseguimento di scopi ulteriori, incompatibili con la finalità di prevenzione sanitaria. Ciò spiega il *favor* per la gestione del servizio di *contact tracing* da parte di uno o più soggetti pubblici attraverso modalità di *open access*. Il perno del sistema *opt in*, come dimostrano le numerose iniziative intraprese dalle istituzioni europee per indirizzare la scelta delle soluzioni tecnologiche utili al tracciamento dei contatti sociali, resta l'individuazione di un ragionevole *balancing* tra le esigenze di tutela della salute pubblica[362] e la salvaguardia del fondamentale diritto alla riservatezza. Le *app* oggi in uso si caratterizzano infatti per il ricorso alle tecnologie meno invasive, ad esempio Bluetooth a bassa energia; per la temporaneità del trattamento, rigorosamente circoscritto alla durata della pandemia (a meno che, sulla base del parere dei comitati etici e delle autorità preposte alla protezione dei dati, il loro valore scientifico, al servizio dell'interesse pubblico, sia superiore all'impatto sui diritti in questione); per l'impiego esclusivo delle informazioni per finalità di contrasto della crisi Covid-19 e per il divieto del loro utilizzo per scopi differenti, ad esempio per l'applicazione di norme di legge o per fini commerciali. Le soluzioni adottate sono nel segno della *compliance* al GDPR, alla direttiva e-Privacy e ai principi in materia di protezione dei dati e denotano con chiarezza l'opzione a favore di una risposta coordinata e condivisa a livello europeo. Per contro il quadro che emerge non è del tutto esente da ombre. Google ed Apple, come si è

[362] In argomento, sia pure non espressamente riferibile al caso del Covid-19, v. le osservazioni di M.A. Rothstein, *From Sars to Ebola: Legal and Ethical Considerations for Modern Quarantine*, in *Ind. Health L. Rev.*, n. 12/2015, p. 227 ss., ad avviso del quale la quarantena, misura paradigmatica della necessità di bilanciare gli interessi pubblici e privati, deve essere subordinata a rigorosi requisiti di ordine etico ("1. Necessity, effectiveness and scientific rationale; 2. proportionality and least infringemet; 3. Human supportive services; and 4. Public justification") onde evitare illegittime intromissioni nella libertà individuale.

detto, si sono accordati per fornire esclusivamente le API delle applicazioni di *contact tracing*. Con una metafora potremmo dire che G. ed A. forniscono un campo su cui giocare, ma le squadre e le regole le decidono gli sviluppatori. In tal modo tutte le questioni relative alla privacy sono traslate sulla responsabilità dello sviluppatore e del Paese che adotta questa o quella *app*. Elevato sono, inoltre, i rischi di inefficienza conseguenti ad un basso tasso di adozione e ad una manipolazione malevola. Il maggior clamore suscitato dalla pretesa lesione della privacy induce a non soppesare adeguatamente il dato che G. ed A. custodiscono nei propri server una considerevole mole di informazioni socio-sanitarie[363] di valore inestimabile, le quali, sebbene criptate, consentono di profilarci dal punto di vista economico e finanziario, vendendo spazi pubblicitari ritagliati non più sul cittadino ma sulla *persona digitalis*[364]. Potrebbero, allora, ipotizzarsi dei correttivi, come una app che tracci soltanto senza fornire nessuna altra informazione, che cancelli periodicamente i contatti (ad esempio ogni 15 giorni), accompagnata da una diagnosi mirata e veloce[365]: se io ricevo il risultato del tampone dopo 3 giorni, il tracciamento diventa inutile posto che in questo arco di tempo potrei aver infettato altre persone a mia insaputa. Quindi *app*, test rapido e rigorosa quarantena a seguire.

Quanto al *modello Oriente* – se di modello compiuto si può discorrere nei limitati termini di cui si è detto –, è di tutta evidenza che la gestione, sanitaria e politica, della crisi determinata dalla pandemia ha rappresentato, e rappresenta tuttora, un banco di prova sul quale misurare i termini del rapporto tra pubblico e privato nelle società dell'informazione e della conoscenza. Il rapporto tra tutela dell'anonimato e, più in generale, della sfera della privacy, e interessi della collettività è, nelle realtà asiatiche, una questione aperta alla quale ciascuna esperienza fornisce la propria risposta. A dimostrazione della minore compattezza dell'*Eastern World* rispetto ai paesi occidentali, la valutazione delle soluzioni adottate

[363] Questo profilo è indagato da L. Determann, *Healthy Data Protection*, in *Michigan Tech. L. Rev*., vol. 26/2020, p. 229 ss., il quale rimarca che misure restrittive della libertà personali quali il contact tracing e la quarantena possono indurre i datori di lavoro e le compagnie di assicurazione a sfavorire "individuals with pre-existing health conditions in connections with job offers and promotion sas well as coverage and eligibility decisions". Per una differente prospettiva v. B. L. Atwell, *From Public Health to Public Wealth: The Case for Economic Justice*, in *Ky. L. J*., vo. 208/2020, p. 387, la quale ricorda che il Preambolo della Costituzione federale riconosce esplicitamente il valore del *general welfare of the people* e dunque la dimensione (anche) pubblica del bene salute,

[364] H. Matsumi, *Predictions and Privacy: Should There be Rules About Using Personal Data to Forecast the Future*?, in *Cumberland Law Review*, vo. 48/2017-2018, p. 149.

[365] Nella regione Veneto, ad esempio, è sottoposto a tampone chi e individuato da una piattaforma di biosorveglianza, la quale integra in tempo reale i dati che provengono dai laboratori di microbiologia ed i dati delle anagrafi familiari e aziendali.

dipende dalle singole realtà: se in alcuni paesi, come Cina e Corea del Sud, la palese compromissione del diritto alla riservatezza è giustificata in nome del superiore interesse della collettività alla tutela della salute – interesse che, per inciso, non è detto coincida con quello delle istituzioni che operano in rappresentanza del Paese –; in altri, come Singapore, si sono messe in campo *ab initio* soluzioni più prudenziali, maggiormente rispettose della necessità di operare un *balancing* tra i contrapposti interessi in gioco, o – è questo il caso di Israele – si è assistito ad un ripensamento delle misure adottate. Qui, all'indomani dell'intervento della sempre attiva Suprema Corte, si è ribadito un principio che deve essere il faro di ogni democrazia: soltanto l'intervento del legislatore può disciplinare una materia incandescente quale è quella dei dati personali e porre limiti all'uso delle nuove tecnologie a detrimento dei diritti fondamentali della persona umana. Non a caso la stessa Repubblica popolare cinese ha intrapreso, di recente, un percorso volto a disciplinare, attraverso leggi settoriali, la materia della privacy nei rapporti tra privati, anche per ovviare alle rigidità della giurisprudenza domestica ed alla mancanza di una interpretazione giudiziale di tipo evolutivo. La definizione puntuale di cosa debba intendersi per dati personali – attraverso una legge onnicomprensiva come nel caso europeo o *step by spep* sull'esempio nord-americano –, la previsione di sanzioni certe ed una giurisprudenza lungimirante, capace, se del caso, di svolgere funzioni vicarie rispetto al legislatore, rappresentano la base sulla quale edificare la protezione della riservatezza e dei personal data.

Abstract: In ragione dell'emergenza legata al Covid-19, nei diversi ordinamenti nazionali, sono state progressivamente imposte numerose limitazioni alle libertà fondamentali degli individui: la libertà personale, quella di circolazione, quella di riunione, quella di culto, quella di iniziativa economica sono soltanto alcune delle principali prerogative individuali fortemente ridimensionate - se non annullate - nella prospettiva del contrasto al diffondersi del contagio e, dunque, nella logica della preminenza del diritto alla salute (individuale e collettiva). Questi interventi limitativi sono stati percepiti come assolutamente necessari e, pertanto, accolti dai destinatari con sostanziale accondiscendenza, senza che sia emerso alcun dibattito - neppure dottrinale - intorno alla possibilità di ricorso a differenti modelli che, alla imposizione iussu principis, preferissero dinamiche volontaristiche di adesione (pure astrattamente ipotizzabili). Ora, in una fase di progressiva (ri)espansione delle prerogative individuali sopracitate, si DPER online n. 2/2020-Issn 2421-0528 Diritto

Pubblico Europeo Rassegna online Fascicolo 2/2020 27 apre il dibattito su possibili interventi (parzialmente) limitativi della riservatezza, soprattutto in relazione all'utilizzo di tecnologie di *contact tracing*. Ebbene, rispetto a questa possibilità (che, nell'ordinamento italiano, ruota intorno all'utilizzo della cd. *app* Immuni), le opzioni adottate dai diversi ordinamenti si atteggiano in maniera differente, con opzioni anche antitetiche tra modelli volontaristici/obbligatori di introduzione dei sistemi di tracciamento o, ancora, in ordine alla scelta tra tutela assoluta dell'anonimato dei soggetti tracciati (propria del modello europeo) ed implementazione di *social credit systems* e meccanismi di geolocalizzazione individuale (tipici di alcune realtà asiatiche). Eppure, limitazioni della privacy, tutto sommato risibili se paragonate a quelle subite nei mesi scorsi da libertà fondamentali cardinali, sono segnate - soprattutto nella tradizione giuridica occidentale - da un forte disvalore politico-sociale, sì da essere accompagnate un profondo dibattito a più livelli, inedito anche per questa stagione emergenziale.

Abstract: Due to the emergency linked to Covid-19, in the various national legal systems, numerous limitations have been progressively imposed on the fundamental freedoms of individuals: personal freedom, freedom of movement, freedom of assembly, that of worship, that of economic initiative are only some of the main individual prerogatives strongly reduced - if not canceled - in the perspective of contrasting the spread of the infection and, therefore, in the logic of the pre-eminence of the right to health (individual and collective)These limiting interventions have been perceived as absolutely necessary and accepted with substantial condescension, without any doctrinal debate concerning the possibility of using different models based upon voluntary dynamics. Now, in a phase of progressive (re)expansion of the individual rights and liberties, the focus is upon contact tracing technologies and their impact on the right to privacy. Antithetical options have inspired Westerns and Eastern legal systems: the former (especially european systems) based on voluntary models of tracking which guarantee the anonymity of the individuals; the latter on the implementation of social credit systems, that make extensive use of compulsory geolocation and other forms of control (such as China, South Korea). Indeed, these privacy restrictions, laughable when compared with to those suffered in recent months by fundamental freedoms, are surrounded - especially in the Western legal tradition - by political and social disvalues and are accompanied by a deep debate at several levels,

surprising even during this emergency season.

Parole chiave: Diritto alla riservatezza – tracciamento dei contatti – modelli volontaristici – modelli obbligatori – sistemi di social credit – nuove tecnologie.

Key words: Right to privacy – contact tracing – voluntary and compulsory models – social credit systems – new technologies.

LE PROSPETTIVE POST EMERGENZA DELL'UNIONE EUROPEA: TUTELA DELLA SALUTE E WELFARE STATE QUALI POSSIBILI MOTORI DI SVILUPPO DELL'ECONOMIA E DEL SISTEMA PRODUTTIVO*.

di Marta Picchi**

Sommario. 1. Introduzione. – 2. Il contesto nel quale si è manifestata l'emergenza Covid-19. – 3. Le necessità dettate dall'emergenza epidemiologica. – 3.1. Le *spinte* del Bundesverfassungsgericht. – 3.2. Le soluzioni prospettate a livello europeo. – 4. Riflessioni per concludere: conferme da cui ripartire e nuove prospettive.

1. Introduzione.

L'emergenza determinata dall'epidemia che si è diffusa in questi mesi ha nuovamente evidenziato i limiti dell'Unione europea (UE) che si erano manifestati con prepotenza durante la crisi economica esplosa nello scorso decennio: limiti che hanno sconfessato la legittimazione funzionale-oggettiva dell'UE e indebolito il processo di integrazione sia dal punto di vista politico che da quello sociale[366].

La crisi economico-finanziaria ha dimostrato come la copertura del costo dei diritti, non soltanto quelli sociali, presupponga un'economia e un mercato che funzionino e sappiano reagire tempestivamente alle situazioni di difficoltà. Sebbene le democrazie europee – ciascuna con delle differenze nelle modalità di costituzionalizzazione dei diritti sociali e nel riconoscimento del principio di solidarietà – presentino le caratteristiche o le basi della forma di stato sociale, l'UE ha soltanto una politica monetaria comune ma non anche un piano di sviluppo economico – dal momento che le istituzioni europee devono limitarsi al coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri (artt. 2, 5 e 119 TFUE) – né una propria politica sociale. Le ragioni dell'appartenenza all'UE, però, non possono

* *Sottoposto a referaggio*.

** Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico – Università di Firenze.

366 V. F. Balaguer Callejón, *Crisis económica y crisis constitucional en Europa*, in *REDC*, n. 2/2013, p. 91 ss.; J. F. Sánchez Barrilao, *Tra identità: il futuro dell'integrazione europea nel contesto globale*, in *Nomos*, n. 2/2018, p. 1 ss.

concretizzarsi nel solo rispetto dei vincoli di bilancio e nella preservazione della governabilità istituzionale funzionale alla stabilità dei mercati concorrenziali[367]. La crisi economica ha reso evidente la necessità di riflettere sulla realizzazione di un modello sociale europeo che combatta efficacemente l'esclusione sociale, promuova la giustizia, la coesione economia e sociale e la solidarietà, se non altro perché tutte le relative scelte politiche e soprattutto quelle in tema di disuguaglianza economica e sociale hanno delle ripercussioni sui mercati[368].

In questo contesto e mentre era in atto il processo di riforma del Trattato istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità (MES), è insorta l'emergenza epidemiologica, dovuta alla diffusione del *virus* SARS-CoV-2 e dell'infezione *Covid-19*, che, per la sua portata, ha causato delle gravi ripercussioni sul piano economico-finanziario richiedendo interventi calibrati, anche da parte delle istituzioni europee, nell'immediato e nel lungo periodo.

Mentre il dibattito e i confronti (in un clima non sempre improntato alla solidarietà) erano in atto, è intervenuta la pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* dello scorso 5 maggio: sentenza attesa da tempo, riguardante il programma di acquisto di titoli pubblici degli Stati membri deciso dalla Banca Centrale Europea (BCE) nel 2015 – il *Public Sector Purchase Programme* (PSPP), noto come *Quantitative Easing* (QE). La pronuncia è di grande rilievo non solo per la vicenda in sé ma per le ripercussioni che può avere sulle misure predisposte dalle istituzioni europee o che verranno assunte per far fronte alla situazione di difficoltà economico-sociale determinata dall'emergenza epidemiologica.

Il presente contributo, dopo aver brevemente illustrato lo stato nel quale è sopraggiunta l'emergenza epidemiologica, si soffermerà sulle nuove problematiche causate dalla pronuncia del Tribunale costituzionale federale tedesco per poi riflettere sulle possibili prospettive dell'Unione europea.

---

[367] Come osserva M. Luciani, *Il futuro dell'Europa. Note a margine*, in *Nomos*, 2/2018, 6, «[l]'enigma di un luogo del pianeta che ha una moneta unica e debiti plurimi non è stato risolto», occorrerebbe ripensare integralmente la struttura europea.

[368] V. A. Lucarelli, *Principi costituzionali europei, politiche pubbliche, dimensioni dell'effettività. Per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *RDPE*, 1/2006, 3 ss.

2. Il contesto nel quale si è manifestata l'emergenza Covid-19.

I maggiori effetti della precedente crisi economica sono stati sul versante dei diritti fondamentali: le politiche europee[369] e nazionali di *austerity*, dovute alla scarsità di risorse, unitamente al difficile rilancio della crescita e della produttività, vista l'assenza dei necessari presupposti in ambito europeo per una politica economica comune, hanno incrementato la differente distribuzione della ricchezza e l'estensione della povertà accentuando le disuguaglianze[370] e i fenomeni di marginalizzazione. Sono così stati toccati e messi in discussione i fondamenti dello stato costituzionale[371], proprio perché la progressiva dissociazione dell'economia dalla politica ha inevitabili ripercussioni sui cardini dello Stato sociale[372].

Infatti, l'impossibilità per le politiche nazionali di influire sui mercati sempre più globalizzati – dovuta all'inversione del rapporto fra Stato e mercato, di modo che sono le agenzie di *rating* a giudicare i titoli del debito pubblico emessi dagli Stati condizionando la politica finanziaria di questi ultimi e attribuendo un valore alla loro capacità di stare sul

---

[369] Per una ricostruzione degli strumenti adottati a livello europeo nella recente crisi economico-finanziaria, sia consentito il rinvio a M. Picchi, *La legittimazione del processo di integrazione costituzionale europea alla luce delle recenti strategie economico-finanziarie: riflessioni sulla composizione dei principi di omogeneità e del rispetto dell'identità nazionale attraverso il dialogo fra Corti*, in *federalismi.it*, n. 19/2014. Sul tema, più di recente: A. Canepa, *Crisi dei debiti sovrani e regolazione europea: una prima rassegna e classificazione di meccanismi e strumenti adottati nella recente crisi economico-finanziaria*, in *Riv. AIC*, n. 1/2015; F. Fabbrini, *Economic Governance in Europe. Comparative Paradoxes and Constitutional Challenges*, Oxford, 2016; L. Sica, *Procedura, tecnica, politica. La nuova* governance *economica: analisi di un processo costituente europeo tra ideologia e materialità*, in *DPE Rassegna on line.*, n. 1/2018, p. 1 ss.; L. Frosina, *La crisi "esistenziale" dell'Unione europea tra deriva intergovernativa e spinte centrifughe*, in *Nomos*, n. 2/2018, p. 1 ss.; M. T. Stile, *Il MES nella risoluzione delle crisi finanziarie europee. Un paradigma di limitazione della sovranità statuale*, in *Riv. AIC*, n. 2/2020, p. 23 ss.

[370] Le conseguenze prodottesi sulla tutela dei diritti fondamentali hanno portato C. Salazar, *Crisi economica e diritti fondamentali. Relazione al XXVIII Convegno annuale dell'AIC*, in *Riv. AIC*, n. 4/2014, a parlare di diritti finanziariamente condizionati. Al riguardo, si veda anche L. Di Majo, Quo vadis *Europa? Spunti di riflessione in tema di* deficit *democratico delle istituzioni, politica economica e tutela dei diritti fondamentali*, in *DPE Rassegna on line*, n. 6/2015; G. Ciaffi, M. Deleidi E.S. Levrero, *I costi economici e sociali del Fiscal Compact*, in *https://www.economiaepolitica.it*, 22 maggio 2019; R. Realfonzo, *L'Europa malata e le riforme necessarie*, *ivi*, 13 aprile 2019.

[371] Cfr. A. Morrone, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quad. cost.*, n. 1/2014, p. 79 ss., il quale conclude ritenendo, però, che non si sia mai giunti alla sospensione dei principi costituzionali e che la crisi economica sia stata la cartina di tornasole che ha evidenziato come la crisi dello stato costituzionale sia profonda e dovuta ad altre cause.

[372] Cfr. C. Joerges, *Will the Welfare State Survive European Integration? On the Exhaustion of the Leal Conceptualisations of the Integration Project from the Foundational Period and the Search for a New Paradigm*, in *EJSL*, n. 4/2011, p. 4 ss.

mercato, alla stregua di un qualsiasi altro operatore economico[373] – ha inevitabili conseguenze sotto il profilo della possibilità, per gli Stati, di portare avanti politiche sociali[374].

Questa tendenza è accentuata dall'avvenuta conformazione della costruzione europea – sotto l'influenza del pensiero giuridico-economico ordoliberale elaborato nella Germania degli anni Trenta[375] – come uno Stato forte provvisto di compiti di rigorosa polizia del mercato[376], che incorpora una pluralità di «Stati sociali condizionati, sul piano strutturale, al valore della stabilità finanziaria e, sul piano funzionale, al valore della competitività»[377]: dunque, impossibilitati a portare avanti proprie politiche di bilancio, ma soprattutto costretti ad attenuare la tutela dei diritti sociali[378]. Lo stesso divieto di *bail out* non ha come sua finalità principale il contenimento dell'indebitamento pubblico, quanto l'obiettivo di costringere gli Stati a reperire risorse sui mercati che possono così indirizzare i comportamenti degli Stati stessi: difatti, per evitare interessi elevati dovranno seguire le pretese dei mercati e, anzitutto, dovranno controllare la spesa rinunciando alla redistribuzione della ricchezza con modalità alternative a quelle suggerite dal mercato, ossia neutralizzando il conflitto sociale e spoliticizzando il mercato[379].

Il riferimento a un'«economia sociale di mercato fortemente competitiva» (art. 3, comma 3, TUE)[380], introdotto dal Trattato di Lisbona, non ha condotto a una significativa evoluzione a livello europeo e a un superamento di quella visione duale che vuole affidato alla Comunità il compito di curare il "mercato" e agli Stati la responsabilità di perseguire le politiche sociali, ma ha confermato la finalità di realizzare un ordine economico incentrato pur sempre sul meccanismo concorrenziale. Le misure restrittive – determinate

[373] Cfr. F. Galgano, *Globalizzazione dell'economia e universalità del diritto*, in *Pol. dir.*, n. 2/2009, p. 177 ss. (spec. 180).
[374] Cfr. S. Caponetti, *Mercato economico e* welfare State, in *DE*, n. 2/2018, p. 371 ss.
[375] Cfr. A. Cantaro, *Lo "Stato" europeo. La governance dell'Unione come potere economico governamentale*, in *Oss. cost. AIC*, n. 2/2016, p. 8; A. Lucarelli, *Le radici dell'Unione europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Dir. pubbl. eur.*, spec. n. 1/2019, p. 13 ss.
[376] Cfr. A. Somma, *Sovranismi, Stato, popolo e conflitto sociale*, Roma, 2018, 79 ss.
[377] F. Losurdo, *Lo Stato sociale condizionato. Stabilità e crescita nell'ordinamento costituzionale*, Torino, 2016, p. 156 ss.
[378] G. Bucci, *Dal governo democratico dell'economia alla crisi come dispositivo di Governo*, in *Riv. AIC*, n. 1/2020, p. 353 ss. (spec. p. 378 ss.).
[379] Cfr. A. Somma, *Inasprire il vincolo esterno. Il Meccanismo europeo di stabilità e il mercato delle riforme*, in *https://www.economiaepolitica*, 8 gennaio 2020, il quale sottolinea come quello appena descritto sia un effetto dichiaratamente voluto e rivendicato dalla stessa Corte di giustizia nella sentenza *Pringle*.
[380] Cfr. G. L. Tosato, *Appunti in tema di economia sociale di mercato*, in *Astrid Rass.*, n. 13/2013.

anche da una crisi nella capacità decisionale delle istituzioni[381] e animate dalla necessità di non scontentare le attese dei *partner* europei e dei mercati finanziari per recuperare credibilità attraverso interventi puramente contenitivi, anziché di riforma del sistema – hanno prodotto non solo effetti negativi all'interno dei singoli Paesi, ma hanno anche evidenziato come, nel contesto europeo, la politica sociale continui a rappresentare una finalità di secondo piano poiché è vista come l'esito del buon funzionamento del mercato interno che dovrebbe determinare spontaneamente l'armonizzazione dei sistemi sociali (art. 151, § 3, TFUE), di modo che la giustizia sociale rimane una questione di ciascun singolo Stato, resa ardua dalla "macelleria sociale"[382] della stabilità monetaria.

L'imposizione di politiche restrittive hanno innescato ulteriori effetti negativi a livello europeo e nazionale, dovendo rinunciare a una politica fiscale finalizzata ad avviare il benessere sociale e la innovazione produttiva: ciò, sebbene le economie maggiormente sviluppate necessitino di nuovi settori di crescita[383] e di politiche efficienti in ambiti come la ricerca e lo sviluppo, l'istruzione, l'energia, i trasporti e la sanità[384].

Le soluzioni di politica economica animate dalla convinzione che la crisi fosse di natura esclusivamente fiscale, dovuta alla dissolutezza finanziaria di alcuni Paesi, si sono proposte il solo riequilibrio della situazione finanziaria dei singoli Stati membri con tutti i limiti e le conseguenze negative che ne derivano. Inevitabilmente, le misure adottate hanno presentato sempre delle carenze per la debolezza dei risultati rispetto al sistema complessivo poiché si è cercato di risolvere delle disfunzioni partendo dagli effetti anziché dalle cause (squilibrio della bilancia dei pagamenti con *surplus* nei Paesi centrali e *deficit* in quelli periferici) che, fra l'altro, avrebbero dovuto essere misurate in un contesto globale considerando la loro radice esogena e il fatto di essere sottoposte ad effetti *spillover*.

Le politiche di austerità hanno determinato, di conseguenza, dei percorsi involutivi dei sistemi di *welfare*, di recessione economica, di disoccupazione con l'innalzamento del

[381] Cfr. C.A. Schaltegger, M. Weder, *Austerity, inequality and politics*, in *EJPE*, 2014, p. 1 ss.
[382] L. Canfora, *«È l'Europa che ce lo chiede!». Falso!* Roma-Bari, 2012, p. 34.
[383] Cfr. E. Câmpeanu, D. Cataramă, *Is fiscal policy enhancing or retarding growth? Evidence from the european emerging*, in *EJST*, n. S1/2012, p. 37 ss.; D. Delli Gatti, M. Gallegati, B. Greenwald, A. Russo e J. Stiglitz, *Mobility constraints, productivity trends, and extended crises*, in *JEBO*, n. 3/2012, p. 375 ss.; P. De Ioanna, Fiscal compact *tra istituzioni ed economia*, in *Riv. giur. Mezz.*, n. 1-2/2013, p. 13 ss. (spec. p. 37 ss.); E. Valentini, *Riformare l'Europa per far ripartire gli investimenti e salvare l'Europa*, in *https://www.economiaepolitica.it*, 26 novembre, 2019; A. Iero, *L'euro e la mancata integrazione europea*, *ivi*, 22 gennaio 2020.
[384] Cfr. J. L. Catrina, *Fiscal Compact between Growth and Debt Crisis Resolution*, in *EJST*, suppl. 1/2012, p. 5 ss.

rischio sociale soprattutto laddove i tagli alla spesa pubblica hanno operato orizzontalmente, di indebolimento della domanda effettiva con riduzione dei redditi e della base imponibile, di peggioramento delle condizioni di sostenibilità dei debiti sovrani. Inevitabili conseguenze si sono riversate sulla tutela dei diritti fondamentali (in particolare, quelli sociali) pregiudicandone l'effettività. Non solo, i differenti vincoli imposti ai singoli Stati hanno causato diversità sotto il profilo dei livelli di garanzia dei diritti sociali, con il conseguente effetto di accentuare ulteriormente il divario sociale[385], compromettendo anche la coesione sul piano economico e territoriale[386].

La distinzione che vede il diritto europeo occuparsi del mercato e della concorrenza mentre i singoli Stati membri devono impegnarsi nell'effettiva garanzia della sicurezza sociale dei propri cittadini mostra la debolezza dell'intero sistema[387], soprattutto durante i momenti di difficoltà economica perché impedisce l'elaborazione di soluzioni comuni per superare il conflitto tra diritti economici e diritti sociali[388] determinando, per un verso, l'arretramento del modello sociale europeo[389] e, per un altro verso, uno svilimento proprio dei diritti

[385] Cfr. M. Pianta, *Diseguaglianze: le ragioni del loro aumento, le politiche che mancano*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2017, p. 34 ss., nonché I.D. Mortellaro, *Di regioni, nazioni e nuovi principati*, in A. Geniola, I. D. Mortellaro e D. Petrosino (a cura di), *Stati, Regioni e Nazioni nell'Unione europea*, Napoli, 2018, 338 ss., il quale sottolinea come proprio le diseguaglianze costituiscano la ragione prima dello sfascio della politica e anche della democrazia.

[386] A questo proposito, è significativo il *Documento di riflessione sulla dimensione sociale dell'Europa*, della Commissione europea – COM(2017) 206, 26 aprile 2017, 8 – ove si osserva che «[l]'Europa è sempre stata sinonimo di convergenza verso un tenore di vita più elevato. In passato, questa convergenza avveniva in modo quasi automatico, attraverso il mercato interno e il sostegno dei fondi UE, al punto che la Banca mondiale ha definito l'UE una "macchina di convergenza". Negli ultimi anni, tuttavia, il processo di convergenza ha subito un forte rallentamento, per non dire una battuta d'arresto, perché i paesi più efficienti progrediscono più rapidamente. […] Gli indicatori economici del tenore di vita evidenziano la diversità delle situazioni esistenti in Europa. Eppure, anche le medie nazionali danno un'immagine falsata, perché celano disparità ancora più accentuate all'interno degli stati membri, con sacche di relativa ricchezza nei paesi meno ricchi e viceversa. In genere le capitali sono più ricche delle altre parti del paese. Le regioni di Bratislava e Praga, ad esempio, si trovano attualmente al quinto e sesto posto nell'UE in termini di prodotto interno lordo (PIL) pro capite». S. Giubboni, *Stato sociale e integrazione europea: una rivisitazione teorica*, in *Quad. fior. – Giuristi e Stato sociale*, (46), 2017, I, 553 ss. (spec. 575), parla di «annichilimento costituzionale di quella che eravamo soliti chiamare la dimensione sociale europea» e sottolinea come il diritto europeo della crisi abbia trasformato in profondità anche la costituzione economica dell'Unione europea.

[387] Per una ricostruzione del processo di integrazione europea prestando attenzione alla differenza fra centro e periferia, si veda G. Celi, A. Ginzburg, D. Guarascio e A. Simonazzi, *Un'Unione divisiva. Una prospettiva centro-periferia della crisi europea*, Bologna, 2020.

[388] Cfr. A. Morrone, *Crisi economica e diritti*, cit., p. 96 ss., il quale osserva che la formula introdotta dal Trattato di Lisbona «economia sociale di mercato» (art. 3, § 3, TUE) non sembra in grado di sfociare in un radicale cambiamento poiché esprime un mero «compromesso dilatorio». In merito, di recente: P. Chiarella, *Società e solidarietà limitata. Lo stato sociale in Europa*, in *Pol. dir.*, n. 4/2017, p. 689 ss.; M. Benvenuti, *Democrazia e potere economico*, in *Riv. AIC*, n. 3/2018, p. 252 ss. (spec. p. 278 ss.).

[389] Cfr. J.-P. Laborde, *Cosa resta del modello sociale europeo?*, in *Lav. Dir.*, n. 3/2013, p. 325 ss. (spec. p. 332 ss.); A. M. Nico e G. Luchena, *Lo Stato sociale* sub condicione *quale esito delle politiche finanziarie: le "raccomandazioni" europee per l'inclusione*, in *St. int. eur.*, n. 1/2018, p. 249 ss.

sociali riconosciuti nei singoli Stati membri, vista anche la loro diminuita discrezionalità nelle scelte politiche di bilancio.

Dalla seconda metà degli anni Ottanta, la Comunità ha iniziato a porsi come obiettivo la coesione economico-sociale, allo scopo di controbilanciare gli squilibri del mercato all'interno degli Stati membri meno sviluppati e ridurre, così, il divario fra le diverse regioni europee[390]. In particolare, questo mutamento è maturato a partire dall'adozione dell'Atto unico del 1986 – al cui interno era richiamata la *Carta sociale europea*[391], alla quale era riconosciuta la medesima importanza della *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* nella promozione della democrazia tramite i diritti fondamentali – e, successivamente, della *Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori* del 1989. La coesione economica e sociale è stata istituzionalizzata come politica della comunità soltanto col *Trattato di Maastricht*, con il quale vi è stata un'ulteriore estensione delle competenze in materia sociale senza, però, giungere al riconoscimento dei diritti sociali. Questi sono stati riconosciuti soltanto con la *Carta di Nizza* del 2000, alla quale è stata attribuita la medesima efficacia giuridica dei Trattati solamente con il *Trattato di Lisbona*. Tuttavia, a livello europeo, questa lenta e graduale emersione dei diritti sociali ha sicuramente accusato un ripiegamento durante il periodo della crisi[392].

Né il *Pilastro europeo dei diritti sociali* del 2017 sembra aver dato nuova linfa al tema della tutela dei diritti sociali: questo documento è un atto con valore politico e simbolico per il futuro dell'UE – e in ciò sta la sua importanza – però in sé non ha un significato concreto[393] perché necessita di interventi che vadano a ridefinire l'equilibrio tra le istanze del mercato della concorrenza e quelle di un comune livello di tutela dei diritti sociali[394].

---

[390] Cfr. A. Ciancio, *Alle origini dell'interesse dell'Unione europea per i diritti sociali*, in *federalismi.it*, spec. n. 4/2018, p. 20 ss.

[391] Cfr. G. Guiglia, *Le prospettive della Carta sociale europea*, in *Jus*, n. 3/2010, p. 505 ss.

[392] In particolare, sulla giurisprudenza eurounitaria in tema di diritti sociali, si rinvia a: P. Bilancia, *La dimensione europea dei diritti sociali*, in *federalismi.it*, spec. n. 4/2018, p. 3 ss.; S. Gambino, *I diritti fondamentali fra Unione europea e Costituzioni nazionali*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, spec. 2019, p. 269 ss.; F. Salmoni, *Le politiche di* austerity *e i diritti sociali nel processo di integrazione europea*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2019, p. 153 ss.

[393] Anzi, secondo una parte della dottrina, questo documento avrebbe finito con l'indebolire i diritti sociali contenuti nella Carta europea dei diritti fondamentali: cfr. S. Giubboni, *L'insostenibile leggerezza del Pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Pol. dir.*, n. 4/2018, p. 557 ss.; A.O. Cozzi, *Perché il Pilastro europeo dei diritti sociali indebolisce la Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, n. 2/2018, p. 516 ss.; C. Ventimiglia, *Diritti sociali, istituzioni, risorse e la sfida dell'effettività*, in *Rag. prat.*, n. 1/2019, p. 107 ss.

[394] Cfr. A. Patroni Griffi, *Ragioni e radici dell'Europa sociale: frammenti di un discorso sui rischi del futuro dell'Unione*, in *federalismi.it*, spec. n. 4/2018, p. 33 ss. Nello stesso senso sono anche M. Ferrera, *Si può*

In questo contesto, la scarsa reattività politica degli Stati non può essere compensata dall'azione – spesso contraddittoria, mutevole e intempestiva[395] – delle corti costituzionali nazionali. Non dobbiamo dimenticare, però, che le fratture insanabili, all'interno di una comunità, nascono proprio dalle disuguaglianze e dalle discriminazioni che le misure di *austerity* possono incrementare accentuando la spaccatura fra Paesi in grado di salvaguardare i propri modelli sociali e Paesi più deboli, dove la povertà finisce con l'acutizzarsi[396].

La crisi economica, perciò, ha reso evidente la necessità di superare il modello binario che vede la politica monetaria nelle mani dell'Unione e quella di bilancio e fiscale affidata alla cooperazione intergovernativa, ma anche il fatto che è maturata l'occasione per affrontare il problema del modello sociale europeo. L'assenza di raccordi efficaci fra l'Unione economica monetaria e la dimensione sociale, nel contesto di un'Europa che è tornata ad essere altamente *tecnocratica*, richiede che venga combattuta efficacemente l'esclusione

costruire una Unione sociale europea?, in *Quad. cost.*, n. 3/2018, p. 567 ss., e P. Vesan e F. Corti, *Il Pilastro europeo dei diritti sociali e la strategia sociale di Junker: un'agenda per la ricerca*, in *Pol. soc.*, n. 1/2018, p. 125 ss. Secondo J. Luther, *Il futuro dei diritti sociali dopo il "social summit" di Göteborg: rafforzamento o impoverimento?*, in *federalismi.it*, spec. n. 4/2018, p. 49 ss., questo documento, pur avendo la valenza di *soft law*, può produrre un auto-vincolo per le istituzioni europee nell'interpretazione del diritto dell'UE in virtù dei principi di leale collaborazione e di certezza giuridica.

[395] Questa considerazione è riferibile anche alla nostra Corte costituzionale: della sua giurisprudenza non è possibile tracciare una ricostruzione lineare. In un primo momento, la giurisprudenza costituzionale del periodo dell'emergenza economico-finanziaria si è caratterizzata per il sostegno rivolto alle rigorose politiche di spesa pubblica assunte dal Governo, sebbene siano state mostrate sensibilità per particolari situazioni legate alla debolezza del titolare del diritto (cfr. sentt. nn. 80/2010 e 2/2013). Peraltro, la Corte ha avuto modo di affermare che l'eccezionalità della situazione economica che lo Stato doveva affrontare consentiva al legislatore di ricorrere a strumenti eccezionali per contemperare il soddisfacimento degli interessi finanziari e garantire i servizi e la protezione di cui i cittadini necessitano, dovendo però salvaguardare anche i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, il quale non è indifferente alla realtà economica e finanziaria, ma non può comunque consentire deroghe al principio di uguaglianza, quale base fondante proprio dell'ordinamento costituzionale (cfr. sent. n. 223/2012). La giurisprudenza costituzionale della prima fase della crisi si è così caratterizzata anche perché un intervento marginale da parte del Giudice costituzionale avrebbe potuto incidere sensibilmente sul complesso quadro di misure emergenziali definite dal legislatore, sugli interessi in gioco e gli impegni assunti in ambito europeo. La cosiddetta giurisprudenza della crisi ha poi intrapreso percorsi che si sono arricchiti di nuovi connotati ed è giunta a ribadire che il soddisfacimento dei diritti sociali non può essere posto sullo stesso piano dell'efficienza economica, sebbene quest'ultima sia funzionale alla tutela effettiva dei diritti stessi, precisando poi che è «la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione» (sent. n. 275/2016, cons. dir. p.to 11). Sull'evoluzione giurisprudenziale, si vedano: M. Picchi, *Tutela dei diritti sociali e rispetto del principio dell'equilibrio di bilancio: la Corte costituzionale chiede al legislatore di motivare le proprie scelte*, in *Oss. fonti*, n. 3/2017; G. Guiglia, *Italian Constitutional Court and social rights in times of crisis: in search of a balance between principles and values of contemporary constitutionalism*, in *Riv. AIC*, n. 3/2018, p. 648 ss.

[396] Cfr. G. Fontana, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in *Forum Quad. Cost. – Rass.*, 27 novembre 2013; S. Gabriele, *L'austerità: un caso di eterogenesi dei fini?*, in *Riv. giur. Mezz.*, n. 1-2/2013, p. 66 ss.

sociale e promossa la giustizia, la coesione economica e sociale e la solidarietà[397] affinché venga preservato un livello minimo di omogeneità, condizione indispensabile per l'esistenza stessa di un'entità che sia espressione di una pluralità di Paesi.

3. Le necessità dettate dall'emergenza epidemiologica.

L'emergenza epidemiologica ha causato una nuova crisi economica a carattere globale, da temere per la sua entità e per le peculiarità che presenta: inizialmente ha colpito i Paesi più industrializzati e in tempi assolutamente rapidi[398].

Le istituzioni europee hanno compiuto degli interventi per consentire ai singoli Paesi membri, soprattutto quelli più colpiti, di fronteggiare le necessità immediate risultando, però, evidente il bisogno di pensare a misure di lungo termine, viste le dimensioni dell'emergenza e la difficile quantificazione delle ripercussioni sul piano economico.

Fra i primi interventi[399] da parte delle istituzioni europee, vi è il riacquisto delle immobilizzazioni bancarie da parte della BCE[400] per un ammontare di 750 miliardi di euro per rafforzare e preservare il flusso di credito verso imprese, famiglie e cittadini, dando così vita ad un programma – il *Pandemic Emergency Purchase Programme* (PEPP) – di contenimento del pregiudizio economico dell'Eurozona derivante dal blocco delle attività negli Stati membri[401].

La Commissione europea ha previsto[402] la sospensione dell'applicazione dei criteri del

---

[397] Cfr. J. Habermas, *The Crisis of the European Union in the Light of a Constitutionalization of International Law*, in *EJIL*, n. 2/2012, p. 335 ss.; F. Zammartino, *Solidarity and Social Justice in the European Union. Seventy Years after the Universal Declaration of Human Rights: The Role of European Judges*, in *federalism.it*, n. 3/2020, p. 132 ss. (spec. p. 154).

[398] Cfr. R. Leoncini, *Verso il post emergenza Covid-19:* business as usual *o nuove opportunità?*, in *federalismi.it*, n. 12/2020, p. IV ss.

[399] Cfr. J. Ziller, *Europa, coronavirus e Italia*, in *federalismi.it*, 24 marzo 2020.

[400] Nella riunione del 12 marzo, la BCE aveva già deciso l'approvazione di un *Quantitative Easing* aggiuntivo da 120 miliardi, nuove aste per immettere liquidità nel sistema bancario e condizioni più favorevoli per le operazioni mirate di rifinanziamento a più lungo termine (*Targed Longer-Term Refinancing Operations – TLTRO*).

[401] Decisione (UE) 2020/440 della Banca Centrale Europea del 24 marzo 2020 *su un programma temporaneo di acquisto per l'emergenza pandemica (BCE/2020/17)*: cfr. C. Pesce, Pandemic Emergency Purchase Programme *(PEPP): contenuti, finalità e basi giuridiche dell'azione monetaria UE*, in *AISDUE*, 5/2020, 39 ss. Il Consiglio direttivo della BCE, con decisione del 4 giugno 2020, ha incrementato il PEPP di ulteriori 600 miliardi e lo ha esteso temporalmente fino a giugno 2021.

[402] Cfr. Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Consiglio sull'attivazione della clausola di salvaguardia generale del patto di stabilità e crescita*, Bruxelles, 20 marzo 2020, COM(2020) 123 final, dove si osserva che il grave *shock* economico determinato dalla pandemia Covid-19 fa ipotizzare

patto di stabilità nell'esame dei progetti di bilancio e dei bilanci rettificati degli Stati membri per permettere a questi ultimi di intervenire con politiche fiscali adeguate a fronteggiare la situazione emergenziale, anche se destinate a incrementare, in taluni casi, il disavanzo di bilancio e il debito pubblico. Inoltre, la Commissione ha comunicato[403] che, nell'esame delle sovvenzioni dirette e indirette fornite dagli Stati membri e dai loro enti locali alle imprese (in particolare, quelle piccole e medie) terrà in considerazione la situazione di emergenza e, dunque, la necessità di garantire la liquidità e l'accesso ai finanziamenti per fronteggiare l'improvvisa carenza di credito e consentire loro di riprendersi dalla situazione attuale.

È stato poi adottato il Regolamento 2020/672 del Consiglio, del 19 maggio 2020, *che istituisce uno strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione nello stato di emergenza (SURE) a seguito dell'epidemia di Covid-19*[404], finalizzato alla realizzazione di politiche attive in materia di lavoro per ridurre i rischi della disoccupazione, consentendo agli Stati di finanziare, ad esempio, regimi di riduzione dell'orario lavorativo o misure analoghe. Difatti, durante la precedente crisi finanziaria, si è visto come gli Stati che avevano adottato strumenti simili fossero stati capaci di ripartire più rapidamente, dato che le aziende non avevano dovuto licenziare i dipendenti mantenendo intatto, così, il loro potenziale produttivo.

Si aggiunga, a seguito della raccomandazione formulata il 9 aprile dall'Eurogruppo, che il

---

futuri scenari ben più gravi di quelli paventati nella precedente Comunicazione della Commissione del 13 marzo 2020: in ragione di ciò e dell'esperienza maturata durante il periodo della crisi finanziaria, è valutata «la necessità di disposizioni specifiche, nell'ambito delle norme di bilancio dell'UE, volte a consentire uno scostamento temporaneo coordinato e ordinato dai normali requisiti per tutti gli Stati membri in una situazione di crisi generalizzata causata da una grave recessione economica della zona euro o dell'UE nel suo complesso».

[403] Cfr. Commissione europea, *Comunicazione della Commissione - Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19*, COM 2020/C 91 I/01, che segue e integra le prime indicazioni fornite dalla *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea, alla Banca europea per gli investimenti e all'Eurogruppo – Risposta economica coordinata all'emergenza COVID-19*, Bruxelles, 13 marzo 2020, COM(2020) 112 final. In merito, si rinvia a: L. Calzolari, *L'influenza del COVID-19 sulla politica di concorrenza: difese immunitarie o anche altro?*, in *SIDIBlog*; A. Correra, *COVID-19: la Commissione UE annuncia il "*whatever it takes*", ma non troppo*, in *AISDUE*, n. 1/2020, p. 3 ss.; S. Dominelli, *COVID-19: riflessioni di diritto dell'Unione europea*, in *federalismi.it*, 5 maggio 2020. Il quadro degli aiuti di Stato ammissibili è stato esteso e integrato con la *Comunicazione della Commissione – Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19*, Bruxelles, 3 aprile 2020, C(2020) 2215 final, e ulteriormente modificato ed esteso con la *Comunicazione della Commissione - Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19*, Bruxelles, 8 maggio 2020, C(2020) 3156 final.

[404] V. A. Pitrone, *Covid-19. Uno strumento di diritto dell'Unione europea per l'occupazione (SURE)*, in *AISDUE*, n. 8/2020, p. 1 ss.

Consiglio di amministrazione della Banca europea per gli investimenti (BEI) ha approvato la creazione di un fondo di garanzia europeo COVID-19 da 25 miliardi di euro per potenziare il sostegno alle imprese europee (soprattutto piccole e medie).

È però evidente come, a fronte di questi interventi più immediati, siano indispensabili degli strumenti che consentano di garantire il finanziamento necessario per la ripresa e uno sviluppo economico europeo di lungo periodo che non proceda in ordine sparso[405], ma soprattutto occorre abbandonare le tesi dell'austerità espansiva e attuare programmi di spesa pubblica finanziati in *deficit*[406].

L'emergenza insorta ha in ogni caso portato a sospendere l'*iter* di revisione del Trattato istitutivo del MES, le cui trattative erano in corso oramai da mesi[407]; inoltre, sul fronte dei possibili strumenti da utilizzare, si è riproposta la contrapposizione fra Paesi mediterranei che hanno richiesto maggiore flessibilità e mutualizzazione dei rischi non apparendo sufficienti le linee di credito del MES, viste le caratteristiche e condizioni, e i Paesi del Nord che, invece, si sono opposti.

In questo contesto, è sopraggiunta la pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* in risposta alla pronuncia *Weiss* della Corte di giustizia[408].

3.1. Le *spinte* del Bundesverfassungsgericht. – 3.2. Le soluzioni prospettate a livello europeo.

La decisione adottata dalla Banca Centrale Europea nel marzo 2015 – riguardante il programma di acquisto di titoli pubblici degli Stati membri volto a sostenere la propria politica monetaria finalizzata a innalzare l'inflazione al 2% – è stata oggetto di un rinvio pregiudiziale da parte del *Bundesverfassungsgericht* innanzi alla Corte di giustizia,

---

[405] V. F. Capriglione, *La finanza UE al tempo del coronavirus*, in *ApertaContrada*, 31 marzo 2020; S. Lucarelli, *Gli eurobond fra logica economica, sofismi e difficili mediazioni*, *https://www.economiaepolitica.it*, 6 aprile 2020.

[406] A questo proposito, è significativo il titolo del contributo di V. Daniele, U. Marani, *Siamo tutti (nuovamente) keynesiani?*, in *https://www.economiaepolitica.it*, 20 aprile 2020. Sul tema si rinvia anche a M. Amato, *L'eurozona fra il pericolo della dissoluzione e l'occasione di un ripensamento*, *ivi*, e G. Bertocco, A. Kalajzic, *Alcune osservazioni sulle conseguenze economiche del coronavirus*, *ivi*, 16 aprile 2020.

[407] Per un'illustrazione dell'*iter* di riforma del Trattato MES, si rinvia a: M. T. Stile, *Il MES nella risoluzione delle crisi finanziarie europee*, cit.; M. Megliani, *From the European Stability Mechanism to the European Monetary Fund: There and Back Again*, in *GLJ*, n. 4/2020, p. 674 ss.

[408] Cfr. Corte di giustizia, grande sez., sentenza 11 dicembre 2018, causa C-493/17 (*Weiss et al.*).

nell'estate del 2017. Secondo il Tribunale costituzionale di Karlsruhe, il QE sarebbe un modo per aggirare il divieto di finanziare direttamente gli Stati dell'Unione (art. 123 TFUE): di conseguenza, la BCE avrebbe agito oltre i limiti delle proprie competenze incidendo su quelle di politica economica spettanti ai singoli Stati membri.

I programmi di QE consentono alla BCE di acquistare titoli di stato sul mercato secondario, cioè quelli già emessi dagli Stati e in possesso delle banche, in maniera tale da fornire liquidità agli istituti di credito per permettere loro di ampliare la concessione di finanziamenti stimolando le attività economiche e favorendo l'incremento dell'inflazione.

I programmi di acquisto sono sempre stati sottoposti a regole precise: le banche centrali di ciascun Stato membro possono acquistare titoli – che abbiano un *rating* di buon livello – emessi dal Paese di appartenenza, in proporzione alla propria quota nel capitale della BCE e, comunque, non oltre il 33% dei titoli in circolazione.

La Corte di giustizia si è pronuncia nel dicembre del 2018[409] giudicando il PSPP conforme ai Trattati e rispettoso del divieto di finanziamento monetario degli Stati membri e dei principi di attribuzione delle competenze e di proporzionalità, *ex* art. 5 TUE. In particolare, secondo la Corte di giustizia, gli effetti del QE sono limitati a quanto è necessario al mantenimento della stabilità dei prezzi e, dunque, proporzionati agli obiettivi della politica monetaria[410]. Inoltre, relativamente alla compatibilità con l'art. 123 TFUE, la Corte ha evidenziato che la BCE, nell'ambito del QE, non acquista titoli direttamente presso le autorità e gli organismi pubblici degli Stati membri, bensì soltanto sui mercati secondari: perciò, il suddetto programma non può essere equiparato a una misura di assistenza finanziaria a uno Stato membro[411]. Difatti, le garanzie che accompagnano il PSPP assicurano che i soggetti privati non possano essere certi, al momento dell'acquisto dei titoli emessi da un determinato Stato membro, che questi ultimi verranno effettivamente riacquistati, sui mercati secondari, in un futuro prevedibile[412]. In questa maniera, è assicurato che il QE si ponga in linea col divieto di finanziamento monetario e, di conseguenza, che gli Stati membri attuino una politica di bilancio sana e responsabile[413].

[409] Peraltro, la sentenza *Weiss* si è posta nel solco delle precedenti pronunce del 27 novembre 2012, causa C-370/12 (*Pringle*), e del 16 giugno 2015, causa C-62/14 (*Gauweiler*).
[410] Cfr. Corte di giustizia, causa C-493/17, §§ 71-100.
[411] Cfr. § 104.
[412] Cfr. §§ 109-128.
[413] Cfr. §§ 129-144.

Il *Bundesverfassungsgericht* – con una decisione[414] che era attesa ma che è intervenuta in questo particolare momento, quasi nell'intento di indirizzare il dibattito sulle misure che le istituzioni europee possono adottare nell'attuale situazione di emergenza – ha preso posizione a fronte della sentenza della Corte di giustizia, continuando così in quei suoi interventi, costanti e continuativi[415], di valutazione delle singole fasi del processo di integrazione europea, funzionali ad esprimere ricostruzioni che superano il singolo caso per proiettarsi nel futuro perché animate dalla preoccupazione di evitare la nascita di rapporti non graditi fra l'ordinamento nazionale e quello dell'UE.

I Giudici costituzionali tedeschi, sebbene riconoscano che la BCE può adottare misure nell'ambito della propria politica monetaria senza per questo violare il divieto di finanziamento monetario dell'art. 123 TFUE, ritengono però che la pronuncia della Corte di giustizia sia una decisione *ultra vires*[416] perché, in questo caso, la delimitazione delle competenze che è stata compiuta non è assolutamente sostenibile[417]. Difatti, la Corte UE avrebbe autolimitato il proprio controllo e verificato soltanto se vi fosse un errore evidente di valutazione da parte della BCE, se una misura andasse manifestamente oltre quanto necessario per raggiungere l'obiettivo o se i suoi svantaggi fossero palesemente sproporzionati rispetto agli obiettivi perseguiti, senza però occuparsi della questione della competenza della BCE che deve limitarsi alla sola politica monetaria.

L'autolimitazione compiuta dalla Corte di giustizia costituisce, per il *Bundesverfassungsgericht*, una palese violazione dell'art. 19 TUE[418], poiché non avrebbe appurato se gli svantaggi del QE sono manifestamente sproporzionati rispetto agli obiettivi perseguiti: in questa maniera, sarebbe stata compiuta un'interpretazione restrittiva del principio di proporzionalità impedendo così a questo di assolvere la sua funzione correttiva

---

[414] *BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 5. Mai 2020* (2 *BvR* 859/15, 2 *BvR* 1651/15, 2 *BvR* 2006/15, 2 *BvR* 980/16): in particolare, i ricorsi proposti sostenevano che il Governo federale, il *Bundestag* e anche la *Bundesbank* avessero leso i diritti dei ricorrenti avendo omesso qualsiasi azione a fronte delle decisioni della BCE sul PSPP.

[415] Cfr. F. Curcuruto, *L'integrazione europea tra Bundesverfassungsgericht e Corte di giustizia*, in R. Cosio e R. Foglia (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Milano, 2013, p. 11 ss.

[416] Come sottolinea P. Faraguna, *Il* Bundesverfassungsgericht *dichiara* ultra vires *il* Quantitative easing *(con uno sguardo al* Pandemic Emergency Purchase Programme*)*, in *Forum Quad. Cost. – Rass.*, n. 2/2020, p. 306 ss., per la prima volta il *Bundesverfassungsgericht* ha dichiarato l'ultrattività di atti di istituzioni europee ritenendoli, in quanto tali, non vincolanti per la Germania. L'Autore sottolinea ancora come questa pronuncia si discosti dalla precedente giurisprudenza sul controllo degli atti *ultra vires* poiché fuoriesce dagli schemi di un controllo *europarechtsfreundlich*.

[417] Cfr. § 117: «*Die Handhabung der Kompetenzabgrenzung durch den Gerichtshof ist jedoch schlechterdings nicht mehr vertretbar*».

[418] Cfr. § 154 ss.

anche ai fini della salvaguardia del riparto di competenze degli Stati membri, *ex* art. 5 TUE[419].

Il Tribunale costituzionale tedesco giunge alla conclusione che la Corte di giustizia abbia adottato un atto *ultra vires* che non è vincolante nei suoi confronti[420] e non può produrre effetti in Germania[421]. Il *Bundesverfassungsgericht* ritiene perciò necessario assumere il compito di verificare se le decisioni della BCE in merito al PSPP rientrino nell'ambito delle competenze conferitele dal diritto primario dell'UE.

In particolare, osserva come un programma finalizzato all'acquisto di titoli di Stato, poiché produce un impatto significativo sulla politica economica, necessita che l'obiettivo di politica monetaria e l'impatto di politica economica vengano identificati, ponderati e bilanciati tra loro. Ecco perché il perseguimento incondizionato dell'obiettivo di politica monetaria del PSPP, finalizzato al raggiungimento di un tasso di inflazione prossimo al 2%, disconosce manifestamente il principio di proporzionalità perché non tiene conto delle implicazioni di politica economica: dunque, le decisioni in questione violano l'art. 5 TUE ed eccedono le competenze di politica monetaria spettanti alla BCE[422].

L'articolata argomentazione porta il Tribunale di Karlsruhe ad affermare, in linea teorica, la legittimità costituzionale dei PSPP. Nondimeno, non sarebbe possibile stabilire con certezza se il *Bundesregierung* e il *Bundestag* abbiano violato la loro responsabilità in materia di integrazione europea omettendo di adottare le misure volte a garantire che la

[419] Cfr. §§ 123 e 133. J. Ziller, *L'insopportabile pesantezza del Giudice costituzionale tedesco*, in *AISDUE*, n. 1/2020, p. 7, evidenzia l'errore di fondo della sentenza del *Bundesverfassungsgericht* nel riferire il principio di proporzionalità alla delimitazione delle competenze quando però l'art. 5 TUE è di tutt'altro tenore perché tale principio non va riferito al riparto ma all'esercizio delle competenze.

[420] Cfr. § 154.

[421] Cfr. § 163.

[422] Cfr. §§ 165-178: in particolare, il *Bundesverfassungsgericht* precisa che le decisioni in questione si limitano ad asserire che l'obiettivo di inflazione non è stato ancora raggiunto e che non vi è la disponibilità di mezzi meno invasivi, senza però esprimere prognosi sugli effetti di politica economica, né valutazioni in merito alla proporzionalità di detti effetti rispetto ai vantaggi previsti nell'ambito della politica monetaria. In alcun modo è possibile verificare se il Consiglio direttivo della BCE abbia individuato e calibrato le conseguenze connesse al PSPP in ragione del suo volume e della durata e, dunque, se gli effetti conformi al diritto primario diventino sproporzionati. Il Tribunale costituzionale aggiunge che il PSPP, oltre ad avere i medesimi effetti degli strumenti di assistenza finanziaria previsti dagli artt. 12 ss. del Trattato istitutivo del MES, ha un impatto anche sul settore bancario poiché trasferisce grandi quantità di titoli di Stato ad alto rischio nei bilanci dell'Eurosistema migliorando la situazione economica delle banche e aumentando la valutazione della qualità creditizia di questa. Non solo, il PSPP ha ripercussioni economico-sociali sui cittadini che sono interessati in qualità di azionisti, affittuari, proprietari di immobili, risparmiatori e titolari di polizze assicurative. Infine, l'aumento della durata del programma e del volume complessivo fa sì che l'Eurosistema sia più dipendente dalle politiche degli Stati membri poiché porre termine al programma diviene rischioso per la stabilità dell'unione monetaria.

BCE operi nel rispetto del principio di proporzionalità, bilanciando gli effetti attesi per il raggiungimento degli obiettivi di politica monetaria con quelli che ricadono al di fuori di questo perimetro.

Di conseguenza, il *Bundesverfassungsgericht* si ritiene ancora vincolato al parere della Corte di giustizia – quello appena definito *ultra vires* – poiché è possibile che le garanzie riconosciute da questa siano state effettivamente rispettate dalla BCE non potendosi ancora stabilire una violazione manifesta dell'art. 123 TFUE[423]. Perciò, si rende necessario verificare le motivazioni delle decisioni adottate dalla BCE: quest'ultima deve dimostrare che gli interventi sono stati compiuti nel rispetto del principio di proporzionalità attraverso un bilanciamento tra le ragioni di politica monetaria dell'UE e quelle della politica di bilancio degli Stati membri[424]. In caso contrario, sarebbe palese la violazione dell'art. 123 TFUE.

Al Consiglio direttivo della BCE sono concessi tre mesi per dimostrare in una nuova decisione, in modo comprensibile e motivato, che gli obiettivi di politica monetaria perseguiti dal PSPP non sono sproporzionati rispetto agli effetti di politica economica e fiscale risultanti dal programma, altrimenti alla *Bundesbank* è vietato partecipare all'attuazione e all'esecuzione delle decisioni della BCE. Alle medesime condizioni, la *Bundesbank* deve garantire che le obbligazioni già acquistate nell'ambito del PSPP e detenute nel suo *portfolio* siano vendute sulla base di una strategia, possibilmente di lungo termine, coordinata con l'Eurosistema[425].

La pronuncia non termina qui: il *Bundesverfassungsgericht* coglie l'occasione per fare delle affermazioni che sembrano rivolte all'attuale discussione sulle misure da adottare per

[423] Cfr. § 216. In particolare, P. Faraguna, *Il* Bundesverfassungsgericht *dichiara* ultra vires, cit. 309, osserva come questa parte della pronuncia, che sembrerebbe meno problematica poiché contiene l'enunciazione di una serie di parametri che consentono di sostenere la mancata violazione del divieto di finanziamento monetario, è in realtà insidiosa perché vengono stilate delle condizioni da ritenere valide anche per i recenti programmi di acquisto varati dalla BCE e per quelli futuri. In termini analoghi si era già espresso M. Poiares Maduro, *Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court*, in *Verfassungsblog*, 6 maggio 2020.

[424] Nell'argomentazione del Tribunale costituzionale federale tedesco emergono dei paradossi: a parte la pretesa distinzione fra misure di politica monetaria e quelle di politica economica, posto che le prime producono sempre (come illustrato nella stessa pronuncia) delle ripercussioni economiche, nondimeno il *Bundesverfassungsgericht*, dopo avere precisato diffusamente che la BCE ha competenza solo per le misure di politica monetaria, chiede a questa di esprimersi sulle conseguenze economiche (negative) degli interventi compiuti. Al riguardo, si vedano le riflessioni di M. Poiares Maduro, *Some Preliminary*, cit., e O. Chessa, *Perché il tribunale costituzionale tedesco sbaglia nel censurare gli «effetti di politica economica» della BCE?*, in *laCostituzione.info*, 8 maggio 2020.

[425] Cfr. § 235.

fronteggiare le difficoltà economiche dovute all'emergenza sanitaria. Infatti, osserva che, al momento, non è contemplata la redistribuzione tra le banche centrali delle perdite subite da una di esse in seguito al *default* del relativo Stato membro e, dunque, non è violata la responsabilità di bilancio del *Bundestag*[426]. Nondimeno, anche in ragione del volume attuale degli acquisti di obbligazioni nell'ambito del PSPP (oltre 2 trilioni di euro), se venissero introdotte modifiche (soprattutto retroattive) tali da determinare un siffatto regime di condivisione del rischio in relazione alle obbligazioni degli Stati membri acquistate dalle banche centrali nazionali, vi sarebbe una violazione della sovranità fiscale della Germania e una palese incompatibilità con l'art. 79 della *Grundgesetz* perché ciò potrebbe determinare una ricapitalizzazione della *Bundesbank* e, dunque, l'assunzione di responsabilità per decisioni, con conseguenze potenzialmente imprevedibili, prese da terzi: un'eventualità del tutto inammissibile secondo la Legge fondamentale[427].

Il Tribunale costituzionale di Karlsruhe sembrerebbe aver stabilito delle soglie invalicabili, quasi a voler anticipare la propria posizione a fronte dell'ipotesi di un'eventuale mutualizzazione del debito, avanzata da parte di alcuni Stati membri attraverso la proposta di attivazione dei cosiddetti *Coronabond*: titoli di stato emessi dall'UE e garantiti da tutti gli Stati membri, di modo che i debiti sostenuti in seguito alla nuova crisi che stiamo vivendo siano ripartiti tra tutti i Paesi dell'Unione.

Sembra evidente la volontà del *Bundesverfassungsgericht* di prospettare come unica soluzione percorribile l'accesso all'assistenza finanziaria del MES, sotto la velata minaccia che la Germania, altrimenti, debba ritirarsi dai programmi di interventi della BCE e non possa partecipare ad alcun altro programma di mutualizzazione del debito, neppure *pro futuro*[428]. Difatti, la precisazione espressa nel comunicato stampa n. 32/2020 del 5 maggio

[426] Cfr. §§ 222 e 228. Il *Bundesverfassungsgericht* ritiene cioè che, al momento, il PSPP non incida, in generale, sull'identità costituzionale tedesca (art. 23 GG in combinato disposto con gli artt. 29 e 20 GG) e, in particolare, sulla responsabilità di bilancio del *Bundestag*.

[427] Cfr. § 227.

[428] Cfr. F. Salmoni, *Nota a prima lettura della sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco sul* Quantitative easing*: una decisione politica che chiude la strada alle misure di mutualizzazione del debito e la apre al MES*, in *Consulta online*, n. 2/2020, p. 289 ss. (spec. p. 292), la quale evidenzia le conseguenze negative per le politiche economico-finanziarie degli Stati che ne usufruissero, ma anche il fatto che tale soluzione sarebbe la più rassicurante e remunerativa per la Germania. In particolare, A. Lang, *"Keine leichte Kost"*, in *Verfassungsblog*, 6 maggio 2020, 5, osserva come il *Bundesverfassungsgericht* «*lässt wenig Raum für eine europäische Solidarität, die aus der Corona-Krise erwachsen kann, vielleicht erwachsen muss*» e B. Caravita, M. Condinanzi, A. Morrone e A. M. Poggi, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meritato maggiore ponderazione*, in *federalismi.it*, n. 14/2020, p. IV ss. (spec. p. X), aggiungono che, così, viene disintegrato "*con le armi del diritto* […] quel cruciale tentativo politico di contenimento del populismo sovranista nazionale".

2020 – secondo la quale le attuali misure di aiuto finanziario dell'UE o della BCE in relazione all'attuale crisi da *coronavirus* non costituiscono oggetto della decisione – deve essere intesa nel senso che i ricorsi proposti e oggetto della pronuncia si riferiscono alla precedente decisione della BCE. Tuttavia, difronte a possibili nuovi ricorsi sugli ultimi interventi della BCE – il riferimento è soprattutto alla possibilità di *collateral* a basso *rating* nelle operazioni di finanziamento alle banche (decisione del 22 aprile 2020) e agli acquisti non proporzionati fra i titoli dei diversi Stati membri nell'ambito del *Pandemic Emergency Purchase Programme* – come si comporteranno i Giudici tedeschi?

Non solo, come è stato osservato[429], la Commissione europea ha sospeso i limiti di spesa del patto di stabilità e crescita, di modo che gli Stati membri possono indebitarsi: tuttavia, l'aumento del *deficit*, per un verso, aggraverà il problema della sostenibilità del debito pubblico e, per un altro verso, potrà determinare un incremento degli interessi. Di conseguenza, insorgerà la questione della legittimità degli interventi di acquisto sul mercato monetario da parte della BCE nell'ambito del PSPP e del PEPP, prospettandosi il mancato rispetto del divieto di cui all'art. 123 TFUE[430].

La reazione della BCE non ha tardato[431], confermando il proprio impegno a fare quanto necessario nell'ambito del proprio mandato al fine di garantire che l'inflazione raggiunga livelli coerenti con l'obiettivo a medio termine e di perseguire la stabilità dei prezzi. La BCE ha dichiarato perciò di non essere preoccupata per il programma di acquisti lanciato nel 2015 e ha ricordato che nel dicembre del 2018 la Corte di giustizia si è già espressa sulla piena legittimità del suo operato[432].

Sebbene il *Bundesverfassungsgericht* abbia costantemente rivendicato le proprie competenze a valutare l'ultrattività degli atti UE, le conseguenze delle decisioni di politica

---

[429] Cfr. S. Lombardo, *Quantitative Easing: la sentenza della Corte costituzionale tedesca*, in *www.dirittobancario.it.*, 6 maggio 2020; M. Poiares Maduro, *Some Preliminary Remarks*, cit.

[430] Cfr. A. Somma, *Democrazia e mercato ai tempi del coronavirus. La Corte di Karlsruhe e la difesa a senso unico dell'ortodossia neoliberale*, in *DPCE Online*, n. 2/2020.

[431] Non ha tardato neppure la reazione della Corte di giustizia che, in un comunicato dell'8 maggio 2020, ha chiarito di non avere alcuna intenzione di commentare la sentenza del Tribunale di Karlsruhe ricordando però che, per garantire un'applicazione uniforme del diritto dell'Unione, soltanto alla Corte di giustizia spetta giudicare della contrarietà di un atto di un'istituzione dell'Unione al diritto UE. Ha fatto seguito l'annuncio della Commissione europea di volere accertare la sussistenza dei presupposti per intraprendere un procedimento di infrazione, *ex* art. 258 TFUE, nei confronti della Germania.

[432] Parte della stampa tedesca si è espressa in maniera critica verso la pronuncia del *Bundesverfassungsgericht*: M. Schieritz, *Konfus, euroskeptisch, ökonomisch fragwürdig*, in *Zeit online*, 5. Mai 2020, si è chiesto se «[*g*]*ibt es in Karlsruhe kein Internet?*» poiché la politica monetaria si basa proprio su una costante valutazione di vantaggi e svantaggi, come si può ben comprendere consultando la copiosa documentazione sul QE postata sul sito della BCE.

monetaria richiedono sufficienti conoscenze e competenze in materia che i Giudici costituzionali non hanno[433] e, in ogni caso, non possono essere stimate in modo assolutamente certo. Nondimeno, sembra che i Giudici tedeschi, dopo aver reputato inadeguata – con toni sprezzanti[434] – la pronuncia della Corte di giustizia, vogliano riservare a sé il controllo sulla legittimità delle decisioni della BCE[435].

Questa sentenza è potenzialmente destinata a produrre effetti dirompenti[436]; è senz'altro un precedente pericoloso e insidioso per il principio del primato del diritto UE anche perché le altre corti costituzionali nazionali potranno voler seguire l'esempio di Karlsruhe[437]. A ben guardare, una risposta da parte della BCE[438], per un verso, consentirebbe un'apertura

[433] Né possono scegliere di documentare il rischio di bassi tassi di rendimento per i risparmiatori affidandosi a uno studio dell'associazione delle banche tedesche, particolarmente arrabbiate per la politica dei tassi a zero della BCE perché sarebbe come se i Giudici costituzionali si fossero pronunciati sullo scandalo delle emissioni dei motori *diesel* facendo riferimento a una dichiarazione della *Daimler*: così M. Schieritz, *Konfus, euroskeptisch*, cit.

[434] In particolare, il *Bundesverfassungsgericht* afferma che l'interpretazione del principio di proporzionalità, data dalla Corte di giustizia, rende privo di senso il principio stesso (§ 127), non è sostenibile dal punto di vista metodologico (§ 141); in ultimo, è semplicemente incomprensibile e, perciò, oggettivamente arbitraria (§ 118). T. Marzal, *Is the BVerfG decision "simply non comprehensible"?*, in *Verfassungsblog*, 9 maggio 2020, si esprime in toni estremamente critici verso la pronuncia, osservando peraltro come affermazioni così dure presuppongano argomentazioni irreprensibile che, però, i Giudici costituzionali tedeschi non sono riusciti ad articolare. Il tono usato dipende, probabilmente, anche dal fatto che la pronuncia, per la prima volta, riconosce l'ultrattività di alcuni atti delle istituzioni europee e, anzi, proprio della Corte di giustizia, peraltro in un caso in cui la posizione assunta presenta, nel merito, un'estrema debolezza poiché, in realtà, nella pronuncia *Weiss* è stata prestata molta attenzione nel riscontrare il rispetto del principio di proporzionalità: cfr. Corte di giustizia, grande sez., sentenza 11 dicembre 2018, causa C-493/17 (*Weiss et al.*), §§ 71-100. In particolare, D.U. Galetta, *Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronunzia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze*, in *federalismi.it*, 14/2020, 166 ss., sottolinea l'errore di fondo della pronuncia dei Giudici costituzionali tedeschi nell'aver voluto leggere la sentenza *Weiss* alla luce del principio di proporzionalità come ricostruito nella giurisprudenza costituzionale di Karlsruhe anziché nella giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale deve avere punti di riferimento e prospettive ben diversi. Secondo F. C. Mayer, *Auf dem Weg zum Richterfaustrecht?*, in *Verfassungsblog*, 7 maggio 2020, la pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* è una grande delusione, mentre A. Brade, M. Gentzsch, *PSPP mit "PEPP"*, *ivi*, sostengono che, in realtà, il *Bundesverfassungsgericht* ha ecceduto le proprie competenze agendo *ultra vires*.

[435] Invece, A. Steinbach, *Ultra* Schwierig, in *Verfassungsblog*, 6 maggio 2020, si esprime a difesa della pronuncia ritenendo che occorrerebbe porre dei limiti all'azione della BCE. In termini analoghi è la posizione di M. Avbelj, *The Right Question about the FCC Ultra Vires Decision*, *ivi*.

[436] La pronuncia suscita molte riflessioni, alcune delle quali, come abbiamo visto, sono già state espresse a caldo dalla dottrina: in questa sede, le considerazioni non possono che essere circoscritte ai profili che più incidono sui temi affrontati.

[437] Cfr. A. Thiele, *VB vom Blatt: Das BVerfG und die Büchse der ultra-vires-Pandora*, in *Verfassungsblog*, 5 maggio 2020, il quale illustra i maggiori problemi che potrebbero derivare da Paesi come la Polonia o l'Ungheria, sentendosi autorizzati – viste certe dichiarazioni rilasciate a caldo dopo la pronuncia tedesca – a porre nel nulla alcune recenti sentenze di condanna. Nello stesso senso sono anche: M. Steinbeis, *Wir Super-Europäer*, *ivi*, 8 maggio 2020; G. Tesauro e P. De Pasquale, *La BCE e la Corte di giustizia sul banco degli accusati del Tribunale costituzionale tedesco*, in *DUE*, 11 maggio 2020; E. Venizelos, *Passive and Unequal: The Karlsruhe Vision for the Eurozone*, in *Verfassungsblog*, 27 maggio 2020.

[438] Secondo G. Scaccia, *Nazionalismo giudiziario e diritto dell'unione europea: prime note alla sentenza del BVerfG sui programmi di acquisto di titoli del debito della BCE*, in *DPCE Online*, 2/2020, la risposta non

a nuove violazioni nei confronti delle pronunce della Corte di giustizia[439] e, per un altro verso, susciterebbe inevitabili ulteriori preoccupazioni sul grado di indipendenza della BCE stessa che diverrebbe soggetta al controllo delle corti costituzionali nazionali[440].

In ogni caso, la BCE, se dovesse rispondere – e da più parti si ritiene che lo farà anche per avviare un percorso di ricomposizione della vicenda –, dovrebbe spiegare che gli strumenti di politica monetaria adottati dalla stessa hanno avuto effetti fiscali e, proprio perché ispirati al criterio della proporzionalità, hanno prodotto un alleggerimento del carico fiscale dei contribuenti tedeschi specularmente al peggioramento del conto interessi di Paesi come l'Italia[441]. Difatti, il nostro presente è caratterizzato da tassi di interessi sul debito pubblico costantemente più alti rispetto a quelli degli altri Paesi, alimentando i *deficit* dal 2012 ad oggi e incidendo, perciò, sulla spesa per investimenti che è, di conseguenza, bassa e, inevitabilmente, tale è anche il PIL[442].

La pronuncia ha, comunque, prodotto delle "spinte" (non volute) a un cambio di passo nel dibattito a livello europeo: difatti, subito dopo la pronuncia e in risposta a questa, sono state presentate delle proposte a livello europeo che vedono protagonista la stessa Germania. Considerato che in questo mese di luglio è iniziato proprio il semestre di presidenza di questo Paese, è da ritenere che la Germania farà tutto il possibile affinché le proprie iniziative giungano a buon fine.

---

tarderà a venire, altrimenti vi sarebbero delle conseguenze paradossali per la Germania, dal momento che l'adempimento cui è tenuta la *Bundesbank* determinerebbe un aumento del costo del debito tedesco e una riduzione dello *spread*. Anche F. L. Pace, *Il* BVerfG *e la sentenza sul programma PSPP: "c'è della logica in questa follia"? Il prevedibile "rientro" della "crisi istituzionale" annunciata nella sentenza (provvisoria) del 5 maggio*, in *federalismi.it*, n. 16/2020, p. 299 ss., ritiene che la questione si risolverà attraverso spiegazioni fornite dalla BCE o altro organo, che consentiranno al *Bundesverfassungsgericht* di intervenire con una nuova pronuncia volta a riconoscere la legittimità del PSPP. Secondo l'Autore, il Tribunale costituzionale tedesco ha adottato una pronuncia ad effetto soltanto per spingere la BCE ad esercitare la propria competenza di politica monetaria in maniera più restrittiva, secondo le richieste e le linee tracciate nella sentenza del 5 maggio. A me pare, che sia senz'altro verosimile che la situazione rientri, tuttavia non vi è dubbio che la pronuncia in questione abbia utilizzato toni eccessivi prospettando ricostruzioni non sempre corrette e lineari. Ma c'è di più, ha aperto varchi che possono essere pericolosi per il futuro dell'Unione. In altri termini, il fine non giustifica i mezzi ai quali il *Bundesverfassungsgericht* è ricorso.

[439] Cfr. F. Bassan, *Il primato del diritto tedesco*, in *www.dirittobancario.it.*, 7 maggio 2020.

[440] Cfr. S. Lombardo, *Quantitative Easing*, cit. Si veda anche A. Ferrari Zumbini, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020 sulla BCE: una decisione contradditoria*, in *DPCE Online*, n. 2/2020.

[441] Cfr. F. Steinberg, M. Vermeiren, *Germany's Institutional Power and the EMU Regime after the Crisis: Towards a Germanized Euro Area?*, in *JCMS*, n. 2/2016, p. 388 ss.

[442] Cfr. M. Amato, *La decisione della Corte Costituzionale tedesca come spinta verso una gestione solidale del debito europeo? Ai posteri l'ardua sentenza*, in *https://www.economiaepolitica.it*, 16 maggio 2020, il quale evidenzia come, fra l'altro, tutto ciò abbia prodotto condotte molto destabilizzanti del mercato, attraverso operazioni volte a lucrare sugli *spread*, speculando sui debiti eccessivamente sottovalutati e a rischio rifinanziamento e proteggendo i profitti con i debiti eccessivamente sopravvalutati.

3.2. Le soluzioni prospettate a livello europeo.

Dopo la pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* è intervenuta la lettera (del 7 maggio 2020) a firma del Vicepresidente della Commissione europea, Valdis Dombrovskis, e del Commissario Paolo Gentiloni, indirizzata al Presidente dell'Eurogruppo, Mário Centeno, volta a rassicurare non pochi Stati membri in merito ai principi che disciplineranno l'accesso al *Pandemic Crisis Support* (PCS), nuova linea di credito, *ex* artt. 13 e 14 del Trattato MES. Ha fatto seguito il via libera da parte dell'Eurogruppo stabilendo che l'unica condizione di accesso al credito da parte degli Stati appartenenti all'Eurozona – ritenuti tutti idonei perché i relativi debiti pubblici sono sostenibili, compreso quello italiano[443] – sarà l'uso dei fondi per sostenere il finanziamento interno dell'assistenza sanitaria diretta e indiretta, ossia i costi relativi alla cura e alla prevenzione dovuti alla crisi Covid-19, negli anni 2020 e 2021. Il monitoraggio sarà concentrato sulle sole spese sanitarie legate al *coronavirus*, non vi saranno missioni in loco, oltre a quelle *standard* del semestre europeo, né richieste di correzioni aggiuntive dei conti. In altri termini, sembrerebbe un MES senza condizioni: nessuna *Troika* e nessun rischio di commissariamento[444].

---

[443] Secondo le valutazioni della Commissione europea, il debito italiano, dopo il picco del 2020, al 159% del PIL, avrà una traiettoria discendente che lo porterà intorno al 140% nel 2030. In particolare, il debito resta sostenibile nel medio termine, anche grazie a importanti fattori mitiganti, come il profilo del debito con scadenze medie a 8 anni, che smorzano i rischi dei temporanei aumenti dei tassi. Di conseguenza, anche se il debito si deteriora per la crisi dovuta al Covid-19, il rapporto debito/PIL conserva una traiettoria di discesa nel medio termine.

[444] La soluzione, ancorché salutata con favore da molti Stati membri, presenta però non pochi problemi legati agli strumenti che consentono di sospendere (derogare) temporaneamente la disciplina contenuta nell'art. 136, comma 3, TFUE – che impone una rigorosa condizionalità senza alcuna eccezione –, nel vigente Trattato MES e nel Regolamento UE n. 472/2013: la lettera di due Commissari e le conclusioni dell'Eurogruppo che, al più, possono essere considerati strumenti di *soft law*. Sarebbe dunque meglio procedere con la formalizzazione in un nuovo regolamento. Difatti, come è già stato evidenziato da M. Dani, A. J. Menéndez, *Soft-conditionality through soft-law: le insidie nascoste del Pandemic Crisis Support*, in *laCostituzione.info*, 10 maggio 2020, sussistono almeno due rischi: anzitutto, occorre che il PCS incontri il consenso di tutti i possibili soggetti interessati altrimenti non è da escludere che detta misura possa essere ostacolata o addirittura essere sottoposta all'attenzione di una corte costituzionale – lo stesso *Bundesverfassungsgericht* – e, a quel punto, gli strumenti di *soft law* difficilmente potrebbero avere un qualche rilievo. Inoltre, il termine massimo fissato dall'Eurogruppo per la scadenza dei prestiti erogati dal PCS è di 10 anni: dunque, un ampio arco temporale che potrà caratterizzarsi da numerosi eventi e anche la sensibilità dimostrata (peraltro, non da tutti gli Stati) per la vicenda emergenziale del momento è destinata ad affievolirsi gradualmente, di modo che sarà arduo esigere il rispetto degli impegni presi se non formalizzati in un regolamento. Per l'ammissibilità della deroga al principio di rigorosa condizionalità attraverso l'interpretazione sistematica degli artt. 3 TUE, 119 e 120 TFUE, si veda E. Pistoia, *I Trattati UE e il via libera all'uso del MES "senza condizionalità"*, in *AISDUE*, n. 6/2020, p. 55 ss. Da ultimo, sul tema, è intervenuta anche F. Salmoni, *L'insostenibile*

C'è poi stata la proposta, avanzata non solo dai Paesi dell'area mediterranea, di creare *bonds* eurounitari che rappresenterebbero una prima forma di mutualizzazione europea delle passività nazionali.

Questa soluzione consentirebbe agli Stati membri più esposti sui mercati di evitare forti speculazioni sui propri titoli pubblici: difatti, l'emissione da parte dell'UE avrebbe il vantaggio di diluire i rischi di insolvenza – maggiori per alcuni Paesi come l'Italia e la Grecia, minori per Paesi come la Germania o l'Olanda – consentendo così di mantenere un tasso di interesse nettamente più basso rispetto a quello richiesto al singolo Paese non virtuoso. L'introduzione dei cosiddetti *Coronabonds* non incontra però il consenso dei Paesi nord-europei poiché temono i possibili rischi che ne potrebbero derivare per i propri conti pubblici dovendo farsi carico dei disavanzi degli altri Paesi[445].

In vista del Consiglio europeo del 27 maggio, il dibattito sui contenuti da dare al *Recovery Fund*, annunciato in aprile, ha portato a nuove proposte.

Il 18 maggio scorso, Germania e Francia hanno proposto un *Recovery Fund* da 500 miliardi di euro, finanziati sul bilancio europeo, rivolti ai settori e ai Paesi che maggiormente sono stati colpiti dalla crisi pandemica prescindendo dalle quote dei singoli Stati.

La mutata posizione della Germania ha destato sorpresa. A ben guardare, sembra invece maturata la consapevolezza che la gravità della situazione odierna può avere effetti pesanti anche per l'economia di quel Paese. Il modello economico tedesco[446] dipende da un'elevata e salda eccedenza economica e, di conseguenza, dalle esportazioni verso i propri *partner* commerciali. Prima ancora, le catene del valore sono ormai integrate: ne consegue che, ad esempio, l'industria automobilistica tedesca si basa sulla componentistica italiana, senza la quale non vi è produzione. Fino ad oggi, la Germania ha usato la propria forza economica e politica per ostacolare le politiche economiche espansive degli Stati dell'Eurozona, suoi *partner* commerciali, costringendo l'intera area dell'euro in uno stato recessivo e deflazionistico. Adesso, il collasso economico dei Paesi più deboli può mettere a rischio proprio il modello tedesco di produzione ed esportazione.

"leggerezza" del Meccanismo europeo di stabilità. La democrazia alla prova dell'emergenza pandemica, in *federalismi.it*, n. 2/2020, p. 280 ss.

[445] Analoga proposta era già stata avanzata durante il periodo della crisi economico-finanziaria: cfr. M. Bursi, *L'emissione dei Coronabond alla luce dei Trattati: una possibile base per il Recovery Fund?*, in *federalismi.it*, 29 aprile 2020, il quale evidenzia i limiti giuridici per la creazione tempestiva dei *Coronabonds*.

[446] S. Keil, *La riforma dell'Unione monetaria e il dibattito tedesco*, in *https://www.economiaepolitica.it*, 17 maggio 2020, parla di paradosso nella politica tedesca.

Ha fatto immediatamente seguito, vista l'imminente riunione del Consiglio europeo, la controproposta dei Paesi *frugali* (Austria, Olanda, Danimarca e Svezia) per una cifra superiore di 40 miliardi di euro, senza però incidere sul bilancio europeo poiché si tratterebbe di prestiti subordinati a radicali riforme fiscali e finanziarie da parte dei Paesi beneficiari e a forme di controllo: un chiaro intento di questi Paesi – conservatori dal punto di vista economico – di rivendicare un loro ruolo nelle imminenti trattative.

La proposta che la Commissione ha poi avanzato (tenendo conto proprio del progetto franco/tedesco) è di un *Recovery Fund* (che dovrebbe prendere il nome di *Next Generation EU*) da 750 miliardi[447]: 2/3 in forma di trasferimenti e 1/3 come prestiti[448]. Le risorse per il *Recovery Fund* sarebbero ottenute innalzando temporaneamente il tetto delle risorse proprie del bilancio comune al 2% del PIL UE[449] e attraverso il finanziamento dei mercati, ricorrendo all'emissione di titoli a lunga scadenza. Inoltre, è stato proposto il reperimento delle risorse anche con l'istituzione di nuove tasse (forse sulle emissioni, sulla plastica e sul digitale) per evitare di pesare eccessivamente sui bilanci nazionali.

Per quanto riguarda il funzionamento, le risorse dovrebbero essere ripartite fra gli Stati membri attraverso una serie di programmi mirati al rilancio e alla modernizzazione dell'attuale sistema economico, tanto è vero che la ripresa sarà focalizzata su due obiettivi principali: digitale e ambiente, due temi cari alla Presidente Von der Leyen e tesi a spingere, per un verso, a una transizione verso il digitale puntando su una pubblica amministrazione più efficiente e sistemi produttivi più interconnessi e, per un altro verso, a investimenti nelle energie e nelle infrastrutture pulite. Ciascun Paese dovrebbe presentare un proprio piano nazionale che Bruxelles dovrebbe valutare perché l'uso dei fondi sarebbe strettamente legato alle misure nazionali e alle raccomandazioni specifiche per Paese[450].

---

[447] Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni – Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione {SWD(2020) 98 final}*, Bruxelles, 27 maggio 2020, COM(2020) 456 final.

[448] Il pacchetto per l'Italia sembrerebbe ipotizzare, al momento, la quota più alta destinata a un singolo Paese perché ammonterebbe a oltre 170 miliardi, dei quali poco più di 80 miliardi versati come contributi e oltre 90 miliardi come prestiti: le cifre definitive dipenderanno dalle negoziazioni.

[449] Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni – Verso una florida economia basata sui dati {SWD(2014) 214 final}*, Bruxelles, 27 maggio 2020, COM(2020) 442 final.

[450] In particolare, l'intero piano si articola in tre pilastri. Il primo comprende diversi strumenti: quello più sostanzioso (560 miliardi) è la *Recovery and Resilience Facility*, finalizzata a finanziare investimenti e riforme per la ripresa attraverso prestiti e trasferimenti. Gli Stati membri per accedere a questo fondo devono presentare dei piani nazionali di ripresa in linea con gli obiettivi del semestre europeo, con i piani energia e clima e i programmi UE. Nel primo pilastro rientrano altri strumenti: il *React-EU*, un programma per

Ha così preso avvio la fase delle negoziazioni sul Fondo per la ripresa, nella speranza di raggiungere un compromesso per la fine di luglio: ciò che, però, va sottolineato è che nella proposta della Commissione è avvenuto un cambiamento di logica. È stata prospettata la mutualizzazione del debito[451], quindi un'emissione di titoli per raccogliere risorse da distribuire tra gli Stati membri non in base ai contributi di ciascun Paese al bilancio pluriennale europeo, bensì in ragione dell'entità dello *shock* economico subito da ognuno di essi: cioè, la creazione di un meccanismo di redistribuzione interno all'UE per ricomporre le asimmetrie prodotte da un comune evento emergenziale.

4. Riflessioni per concludere: conferme da cui ripartire e nuove prospettive.

Durante la crisi economico-finanziaria, è stato osservato come la possibile coesistenza fra Stato sociale e integrazione europea nei Paesi più esposti avrebbe richiesto una politica assolutamente impopolare perché finalizzata a una "large-scale and long-term debt mutualisation resulting in massive redistributive measures both between member states and social classes"[452].

In assenza di una politica fiscale comune e soprattutto se non si perverrà all'introduzione di strumenti quali gli *Eurobond*, spetterà sempre alla BCE giocare un ruolo fondamentale evitando la risalita degli *spread* per consentire agli Stati membri (soprattutto periferici) dei margini di manovra: tuttavia, poiché ben differente è lo spazio fiscale di ciascun Paese, progressivamente si assisterebbe all'ulteriore inasprimento delle asimmetrie fra Paesi del Nord e del Sud, unitamente alla disaffezione verso un'Europa che, ancora una volta, dimostrerebbe di non essere in grado di assicurare prospettive omogenee di sviluppo[453].

Ciò che era evidente con l'avvento della crisi economico-finanziaria del passato decennio,

---

l'erogazione diretta di fondi a enti locali, ospedali e piccole-medie imprese; un fondo rurale e un fondo per la transizione ecologica. Il secondo pilastro è dedicato agli interventi finalizzati alla ricapitalizzazione delle imprese in difficoltà e agli investimenti. Infine, il terso pilastro riguarda il settore sanitario, la ricerca e la protezione civile.

[451] Tuttavia, in dottrina sono già stati avanzati dubbi sulla compatibilità delle nuove misure con il diritto primario europeo e, in particolare, con l'art. 310 TFUE: cfr. P. Leino-Sandberg, *Who is ultra vires now? The EU's legal U-turn in interpreting Article 310 TFEU*, in *Verfassungsblog*, 18 giugno 2020.

[452] C. Offe, *Europe Entrapped. Does the EU Have the Capacity to Overcome its Current Crisis?*, in *ELJ*, n. 5/2013, p. 595.

[453] Cfr. M. Lucchese, M. Pianta, *L'Europa senza rotta*, in A. Mastrandrea e D. Zola (a cura di), *L'epidemia che ferma il mondo. Economia e società al tempo del coronavirus*, www.sbilanciamoci.info, 2020, p. 258 ss.

lo è ancora di più con la nuova crisi: la ragion d'essere dell'Unione europea chiede che l'ulteriore integrazione avvenga attraverso una rimodulazione dei rapporti fra politiche sociali, economico-fiscali e monetarie, che faccia perno su un principio di solidarietà europea da intendere come garanzia nei confronti di tutti gli Stati membri di partecipare a un'equa ripartizione dei costi e benefici dell'integrazione stessa[454].

Anche la pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* rende palese che il potenziale della politica di integrazione dell'attuale sistema giuridico è esaurito, nel senso che la delega delle scelte politiche a istituzioni non rappresentative (BCE, Corte di giustizia, corti costituzionali nazionali) non consente più di seguire un percorso comune: non è più possibile che la BCE si surroghi nei confronti delle altre istituzioni assistendo indirettamente gli Stati e neppure che l'obiettivo politico principale sia la difesa della moneta unica. Per avere più Europa occorre cambiare i Trattati e ricercare dei livelli minimi comuni di protezione sociale che garantiscano quella necessaria omogeneità, indispensabile per la tenuta del sistema sovranazionale.

C'è di più. L'emergenza epidemiologica ha dimostrato che la ricchezza economica individuale non consente di acquisire una protezione individuale assoluta, tale da scongiurare un possibile contagio: anzi, in questa prospettiva, ha realizzato una sorta di uguaglianza[455]. Ecco che, allora, diviene necessario garantire una tutela sanitaria omogenea e diffusa perché solamente così potranno essere fronteggiate situazioni analoghe. La tutela della salute (e degli altri diritti sociali) deve diventare l'obiettivo politico e sociale prioritario non solo per motivi solidaristici – come dovrebbe essere per un'entità che deve consolidare la propria identità attorno a valori comuni – ma anche perché, nel lungo termine, l'impegno per una protezione sanitaria universale e egualitaria è in grado di ridurre i costi sanitari proteggendo lo stesso sistema economico.

Questa è l'occasione per ripensare anche materie come il lavoro, i diritti (in particolare quelli sociali) e l'ambiente non in termini di vincoli ai modelli economici: invero, l'emergenza sanitaria ha reso evidenti i costi determinati dalla mancanza di un'adeguata politica comune in tema di tutela della salute e dall'esistenza di sistemi sanitari e di *welfare*

[454] Cfr. S. Giubboni, *Stato sociale e integrazione europea*, cit., 586.

[455] V. W. Scheidel, *La grande livellatrice. Violenza e disuguaglianza dalla preistoria a oggi*, Bologna, 2019. Secondo l'Autore, proprio gli eventi come le pandemie sono in grado di incidere in maniera significativa nella trasformazione della storia umana.

notevolmente ridimensionati[456]. In altre parole, occorre capire che il *welfare* non deve essere inteso come un costo per il sistema economico[457], bensì come il motore di sviluppo dell'economia e del sistema produttivo poiché è in grado di assicurare un'elevata qualità sociale e ambientale favorendo, di conseguenza, lo stesso mercato perché vi sono bisogni che necessitano di un'adeguata ed equa tutela[458], come quelli legati al bene comune globale della sanità[459].

Tutto ciò è strettamente correlato a un problema: il *quantum* di capacità fiscale che occorre riconoscere all'UE[460], tenuto conto che, come è già stato rilevato[461], la ripresa dopo questa crisi economica globale determinerà una mappa geopolitica e geoeconomica totalmente nuova, diversa sia per gli effetti asimmetrici della pandemia che per le deficienze presenti nelle diverse aree prima dell'esplosione della pandemia. Ne consegue che è proprio adesso

[456] V. M. Ferrera, *Trent'anni dopo. Il welfare state europeo tra crisi e trasformazione*, in *St. merc.*, n. 3/2007, 346 ss.; *Id.*, *Rotta di collisione. Euro contro Welfare?* Roma-Bari, 2016; R. Leoncini, *Efficienza economica e coronavirus*, in *https://www.economiaepolitica.it*, 10 aprile 2020; M. Samarani, *Spesa sanitaria, austerità e "malattia dei costi" di Baumol*, *ivi*, 28 aprile 2020. In particolare, quest'ultimo Autore ha evidenziato come, nel nostro Paese, vi sia stata una contrazione della spesa sanitaria pubblica nel triennio 2011/2013 senza precedenti nella storia del Servizio Sanitario Nazionale. La Corte dei conti, *Rapporto 2020 sul coordinamento della finanza pubblica*, 15 maggio 2020, ha sottolineato come la pandemia abbia messo a nudo il risultato delle scelte economiche del Paese nella sanità poiché i risultati contabili ottenuti non hanno portato a soluzioni positive in termini di efficienza: «[l]'insufficienza delle risorse destinate al territorio ha reso più tardivo e ha fatto trovare disarmato il primo fronte che doveva potersi opporre al dilagare della malattia e che si è trovato esso stesso coinvolto nelle difficoltà della popolazione, pagando un prezzo in termini di vite molto alto. Una attenzione a questi temi si è vista nell'ultima legge di bilancio con la previsione di fondi per l'acquisto di attrezzature per gli ambulatori di medicina generale, ma essa dovrà essere comunque implementata superata la crisi, così come risorse saranno necessarie per gli investimenti diretti a riportare le strutture sanitarie ad efficienza».

[457] Cfr. L. Ferrajoli, *Effettività primaria ed effettività secondaria. Prospettive per un costituzionalismo globale*, in A Catania (a cura di), *Dimensioni dell'effettività. Tra teoria generale e politica del diritto*, Milano, 2005, p. 155 ss.

[458] Cfr. S. Ercolano, *La salute pubblica tra global commons e merit wants*, in *https://www.economiaepolitica.it*, 11 maggio 2020; S. Di Bucchianico e G. Resce, *Fallimenti di mercato a prezzo di mercato, il paradosso della spesa sanitaria e del debito pubblico in Europa*, *ivi*, 20 maggio 2020. Nello stesso senso è anche M.R. Pierleoni, *Il capitalismo dopo il coronavirus: beni pubblici sostenibilità e ruolo dello Stato*, *ivi*, 31 maggio 2020: l'Autrice sottolinea soprattutto la necessità di un mutamento nell'attuale sistema capitalistico, attraverso la riaffermazione di principi etici e morali, come quello solidaristico e quello di uguaglianza, e del ruolo dello stato e delle organizzazioni sovranazionali nella fornitura di beni pubblici anche globali.

[459] Cfr. M. Lucchese e M. Pianta, *The Coming Coronavirus Crisis: What Can We Learn?*, in R. Smith, R. Beaglehole, D. Woodward e N. Drager (a cura di), *Intereconomics*, n. 2/2020, p. 98 ss.;, *Global Public Goods for Health: Health economics and public health perspectives*, Oxford, 2003; F. Stein, D. Sridhar, *Health as a "global public good": creating a market for pandemic risk*, in *BMJ*, 2017, p. 358 ss.

[460] N. Kaldor, *The Dinamic Effects of the Common Market*, in *New Statesman*, 12 marzo 1971, (ripubblicato come XII capitolo in *Further essays on applied economics*, London, 1978, 187 ss.) aveva preventivato, quasi cinquanta anni fa, che la creazione di una unione monetaria e il controllo sui bilanci nazionali avrebbero generato pressioni tali da poter condurre a una rottura dell'intero sistema: l'obiettivo di una piena unione monetaria ed economica non può essere raggiunto senza un'unione politica, la quale presuppone non già la sola armonizzazione bensì l'integrazione delle politiche fiscali.

[461] Cfr. M. Baldassarri, *Il recovery fund, la cancelliera e il futuro della UE*, in *Il Sole 24 ore*, 27 maggio 2020.

che occorre porre le basi (pur sempre comuni) affinché l'Unione europea possa essere una realtà nel prossimo futuro.

Abstract: L'emergenza epidemiologica rende manifesti, ancora una volta, i limiti dell'Unione europea, emersi già in maniera evidente durante la crisi economico-finanziaria. Questo contribuito, dopo aver ricostruito il contesto nel quale l'emergenza sanitaria è esplosa e le misure adottate fino ad oggi dalle istituzioni europee per farvi fronte, si sofferma sulle problematiche emerse in seguito alla recente pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* per poi riflettere sulle prospettive dell'Unione europea.

Abstract The epidemiological emergency once again shows the limits of the European Union, which emerged clearly during the economic and financial crisis. This essay, after reconstructing the context in which the health emergency has exploded and the measures taken so far by the European Institutions to deal with it, focuses on the issues that emerged following the recent ruling of the *Bundesverfassungsgericht* and reflects on the perspectives of the European Union.

.

Parole chiave**:** emergenza epidemiologica – crisi economica – politica monetaria – politica economica – diritti sociali.

Key words: epidemiological emergency – economic crisis – monetary policy – economic policy – social rights.

CORONAVIRUS E AIUTI DI STATO: UN'OCCASIONE DI RIFLESSIONE PER IL FUTURO*.

di Giovanna Petrillo**

Sommario. 1. L'oggetto dell'indagine. – 2. Le misure di aiuto e le duplici direttrici individuate dalla Commissione per fronteggiare l'emergenza in corso. – 3. Le risposte della Commissione europea al Covid-19 ed i limiti all'interpretazione dell'articolo 107, comma 2 lettera b) e comma 3 lettera b) TFUE – 4. Considerazioni conclusive ed indicazioni per il futuro.

1. L'oggetto dell'indagine.

La pandemia legata alla diffusione del COVID 19 ha determinato una crisi non solo sanitaria ma anche economica e sociale di enormi proporzioni. Una crisi, quale quella attuale, che interessa trasversalmente la conduzione ordinaria delle attività produttive, richiederebbe preferibilmente, in astratto, l'adozione di misure tributarie, adeguate e proporzionate rispetto alla situazione da fronteggiare, caratterizzate da interventi generalizzati e non selettivi. Dinanzi, tuttavia, all'adozione di interventi aventi natura selettiva, ossia rivolti a taluni settori economici il cui supporto è da ritenersi strategico rispetto alla generalità dei settori produttivi, necessariamente bisogna interrogarsi sui limiti ordinamentali che possono incontrare tali figure in rapporto alla nozione di aiuto di stato racchiusa nell'art. 107 TFUE[462].

---

* *Sottoposto a referaggio*.

** Professore Associato di Diritto tributario – Università della Campania "L. Vanvitelli".

[462] Come è noto, viene definito aiuto di Stato ogni disposizione che conferisce un vantaggio economico al beneficiario falsando o minacciando di falsare la concorrenza. Questa misura deve essere imputabile a risorse statali ed il beneficiario, inoltre, deve essere un'impresa o una produzione. Infine, ci deve essere selettività dal punto di vista materiale o territoriale. Senza pretese di completezza, v. G. Graziano, *La selettività e gli aiuti regionali*, in L. Salvini (a cura di), *Aiuti di Stato in materia fiscale*, Padova, 2007, pp. 224-225; G. Caputi, *La selettività in generale*, in M. Ingrosso e G. Tesauro (a cura di), *Agevolazioni fiscali e aiuti di Stato*, Napoli, 2009, pp. 201-203; G. Bizioli, *Il processo di integrazione dei principi tributari nel rapporto fra ordinamento costituzionale, comunitario e diritto internazionale*, Padova, 2008, pp. 169-172; C. Fontana, *Gli aiuti di stato di natura fiscale, Torino, 2012, p. 100 ss.*; G. Fransoni, *Profili comunitari della disciplina degli aiuti di Stato*, Pisa, 2007; P. Pistone, *Smart Tax Competition and the Geographical Boundaries of Taxing Jurisdictions: Countering Selective Advantages Amidst Disparities*, in *Intertax*, vol. 40, issue 2, 2012, p. 87; Quigley, *Direct Taxation ans State Aid: Recent Developments Concerning the Notion of Selectivity*, in *Intertax*, vol. 40, issue 2, 2012, pp. 113-115.

Di particolare interesse è, in quest'ottica, l'approccio della Commissione europea alla valutazione degli aiuti di Stato a sostegno dell'economia nel contesto della richiamata emergenza, con particolare riferimento agli orientamenti relativi all'applicazione dell'articolo 107 TFUE che emergono dalla comunicazione del 13 marzo 2020 sulla risposta economica coordinata alla crisi e dal Quadro temporaneo per gli aiuti di Stato, adottato il 19 marzo 2020[463] e integrato con ulteriori indicazioni il 3 aprile e l'8 maggio scorsi[464].

La Commissione europea evidenzia, significativamente, che gli aiuti di Stato sono un importante strumento di politica pubblica per limitare i danni conseguenti alla crisi e favorire la successiva ripresa economica sottolineando, altresì, che l'applicazione delle regole europee sugli aiuti di Stato rappresenta uno dei principali strumenti per assicurare una risposta coordinata da parte degli Stati membri alle difficoltà economiche derivanti dalla emergenza sanitaria in corso. La disciplina europea degli aiuti di Stato è, pertanto, finalizzata a coordinare, applicando regole comuni, le iniziative degli Stati membri tese a sostenere le imprese nel contesto della crisi. L'obiettivo, dunque, è quello di orientare il sostegno pubblico in modo da aiutare efficacemente le imprese colpite senza comunque

[463] Il nuovo quadro non sostituisce, ma integra gli altri strumenti consentiti di intervento pubblico sulla base delle norme già vigenti sugli aiuti di Stato. Sia nella comunicazione del 13 marzo, sia in quella del 19 marzo la Commissione illustra, infatti, agli Stati membri una serie di possibilità di cui già dispongono, in base alle regole ordinarie sugli aiuti di Stato, per sostenere le imprese nell'attuale contesto. Vi sono anzitutto le misure di sostegno che non costituiscono aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 107 TFUE e che quindi possono essere adottate dagli Stati senza il coinvolgimento della Commissione europea. Tra queste rientrano le misure che si applicano a tutte le imprese (non "selettive"), quali ad esempio le integrazioni salariali e la sospensione dei pagamenti delle imposte sulle società, dell'imposta sul valore aggiunto o dei contributi previdenziali, o regimi temporanei di sospensione del lavoro e cassa integrazione applicati alla generalità delle imprese. Altre misure che la Commissione ritiene non rientrino tra gli aiuti di Stato sono quelle che forniscono un sostegno finanziario direttamente ai consumatori per servizi cancellati o i biglietti non rimborsati dagli operatori interessati. Un' ulteriore categoria è rappresentata dalle misure che possono essere adottate immediatamente dagli Stati membri, senza notifica preventiva alla Commissione, in quanto considerate compatibili dal regolamento generale di esenzione per categoria (UE) 651/2014 (Rgec)14 o in quanto rientranti nell'ambito di applicazione della disciplina *de minimis*. Altre misure di sostegno alle imprese possono essere considerate compatibili, in applicazione di uno dei criteri previsti dall'articolo 107, paragrafi 2 e 3, TFUE, previa notifica alla Commissione.

[464] Il Quadro temporaneo per gli aiuti di Stato sarà adottato, a livello europeo, dal 19 marzo sino al 31 dicembre 2020, e, prima di tale data, potrà essere modificato, sulla base di considerazioni di politica della concorrenza o economiche. Il quadro degli aiuti di Stato ammissibili è stato esteso ed integrato il 3 aprile, con la Comunicazione C(2020) 2215 final e ulteriormente modificato ed esteso con la Comunicazione dell'8 maggio (C(2020 3156 final) . Cesserà di essere applicabile il 31 dicembre 2020, tranne che per la disciplina sugli aiuti di stato alla ricapitalizzazione delle imprese non finanziarie che sarà efficace sino al 1° luglio 2021. Prima di tale data potrà essere modificato e prorogato, sulla base di considerazioni di politica della concorrenza o economiche. In argomento, cfr. Assonime, "Il quadro temporaneo per gli aiuti di Stato a sostegno dell'economia nell'emergenza Covid-19", Circolare n. 5/2020 del 10 aprile 2020.

distorcere la concorrenza tra Stati pregiudicando, in tal modo, l'integrità del mercato interno.

L'ostacolo maggiore che emerge, in ordine al profilo considerato, è quello di coniugare esigenze in apparente contrapposizione: il bisogno di intervenire rapidamente attraverso azioni mirate, univoche e coordinate a tutela di tutti gli Stati membri e la necessità, altrettanto fondamentale, di salvaguardare il mercato interno. Il tutto, si auspica, alla luce del principio di proporzionalità[465], non trascurando mai l'obiettivo primario di impedire che la crisi sanitaria lasci spazio a derive separatistiche, anzi, auspicando che essa rappresenti l'occasione per una più decisa modernizzazione delle basi strutturali dell'Unione, rompendo alcuni schemi cristallizzati delle legislazioni settoriali e delle connesse programmazioni a *compartimenti stagni*, e determinando, sul piano dell'effettività, un reale cambiamento di passo informato alla flessibilità, alla produttività ed all'inclusione[466].

La politica europea della concorrenza non può certamente essere considerata separatamente dalle politiche sociali in materia di occupazione, salute, ambiente, coesione territoriale, dovendosi necessariamente contemperare (in un bilanciamento informato al principio di proporzionalità) esigenze di mercato e valori sociali[467];a fronte di questa affermazione di principio è, tuttavia, necessario garantire un riscontro pratico effettivo senza continuare a

[465] Di matrice tedesca, il principio di proporzionalità è stato dapprima traslato nel diritto comunitario venendo poi integrato negli ordinamenti dei diversi Stati membri. Nel diritto europeo, l'articolo 5 paragrafo 4 del TUE, stabilisce che: «In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limita a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei Trattati. Le Istituzioni dell'Unione applicano il principio di proporzionalità conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità».

[466] Decisamente inopportuna in vista di una effettiva valorizzazione dei richiamati principi, pare la recente sentenza, 5 maggio 2020, della Corte Costituzionale Federale tedesca sul programma di acquisto dei titoli pubblici della BBC, con la quale si valuta, in maniera poco convincente, la legalità delle decisioni della BCE sulla base dei principi di attribuzione e di proporzionalità. Sulla pericolosità della decisione in parola (che tuttavia come precisato dalla stessa Corte non riguarda alcuna delle misure di assistenza finanziaria introdotte dall'Unione Europea o dalla BCE nell'ambito dell'attuale crisi da coronavirus) in termini di tragiche conseguenze per il futuro stesso dell'UE, si rimanda alle considerazioni di D.U. *Galetta Karlsruhe über alles?Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronunzia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze*, in *federalismi.it*, n. 14/2020, la quale riconosce nell'iter argomentativo seguito dal Bundesverfassungsgericht, nello specifico considerando il principio di proporzionalità" una lampante dimostrazione di una forma di "bullismo culturale" lamentato ormai da più parti".

[467] Come osserva G. Tosato, *La riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio alla luce delle norme sull'Unione: l'interazione fra i livelli europei e interni*, in *Riv. dir. Int.*, Fasc. I, 2014, dopo Lisbona si va verso una composizione delle antinomie che dovrebbe contemperare esigenze di mercato e valori sociali.

privilegiare le norme del mercato e della concorrenza rispetto agli altri diritti fondamentali tutelati dall'Unione[468].

2. Le misure di aiuto e le duplici direttrici individuate dalla Commissione per fronteggiare l'emergenza in corso.

La Commissione, al fine di arginare gli esiti della pandemia, ha individuato una serie di aiuti di stato compatibili con le regole del diritto europeo operando sostanzialmente un distinguo fra Aiuti di Stato per la compensazione dei danni e Aiuti di Stato temporanei compatibili.

Riguardo ai primi il riferimento è all'art. 107, par.2, lett. b TFUE che definisce compatibili con il mercato interno gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali[469]. L'epidemia da Covid-19, ricorda la Commissione, è sicuramente un evento eccezionale in quanto imprevedibile o difficile da prevedere, di notevole impatto economico nonché straordinario, differendo infatti nettamente dalle condizioni in cui il mercato normalmente opera.

In ordine, invece, agli Aiuti di Stato temporanei compatibili, si ha riguardo all'articolo 107

[468] Per ampie riflessioni in tema, v. F. Gallo, *Giustizia sociale e giustizia fiscale nell'Unione Europea*. Napoli, 2015, il quale segnala efficacemente come ad una simmetria di principio nei rapporti fra esigenze di mercato e valori sociali corrisponda poi una asimmetria applicativa determinata dall'azione della Corte di Giustizia che tende a chiedersi entro quali limiti la tutela dei diritti sociali sia compatibile con la libertà di mercato e non anche in che misura questa sia compatibile con i diritti sociali con conseguente propensione, in concreto, a privilegiare le norme del mercato e della concorrenza rispetto agli altri diritti fondamentali tutelati dall'Unione.

[469] La Commissione ritiene, in particolare, che possano essere autorizzate ex articolo 107, paragrafo 2, lett. b), misure volte a indennizzare le imprese di settori significativamente colpiti (quali, a titolo di esempio, trasporti, turismo, cultura, commercio al dettaglio e comparto alberghiero) o gli organizzatori di eventi annullati a causa dell'epidemia. Nel Quadro temporaneo la Commissione specifica che per gli aiuti considerati compatibili ai sensi dell'art. 107, paragrafo 2, lettera b) non vale il principio una tantum previsto dagli Orientamenti sugli aiuti per il salvataggio e la ristrutturazione. Pertanto, anche imprese che hanno ricevuto aiuti sulla base degli orientamenti per il salvataggio e la ristrutturazione nell'ultimo decennio possono essere compensate dei danni diretti subiti a causa dell'emergenza senza violare il principio "una tantum".

Si evidenzia che la prima misura approvata dalla commissione europea in relazione alla covid-19 riguarda il regime di aiuti danese di 12 milioni di euro per il risarcimento dei danni subiti dagli organizzatori di eventi a causa della cancellazione di eventi di grandi dimensioni a causa della diffusione del COVID-19. La Commissione ha valutato la misura ai sensi dell'art. 107, par. 2, lett. b), del TFUE, che consente alla Commissione stessa di approvare misure di aiuto di Stato concesse dagli Stati membri per compensare aziende o settori specifici (in forma di regimi) per i danni direttamente causati da eventi eccezionali.

par. 3 lettera b) TFUE[470] ossia agli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro.

La Commissione sottolinea che in molte sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è evidenziato che il turbamento deve riguardare l'insieme o una parte importante dell'economia dello Stato membro interessato e non semplicemente quella di una delle sue regioni o parti del suo territorio. Da tanto la Commissione argomenta che, poiché la crisi sanitaria colpisce tutti gli Stati membri e considerato che le misure di contenimento adottate dagli Stati membri incidono sulle imprese, gli aiuti di Stato sono compatibili alla luce dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera b), del TFUE, ma solo per un periodo limitato e esclusivamente al fine di porre rimedio alla carenza di liquidità da parte delle imprese.

In ogni caso, gli Stati membri sono tenuti a dimostrare che le misure di aiuto di Stato notificate alla Commissione sono necessarie, adeguate e proporzionate a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia dello Stato membro interessato.

Nello specifico, la Commissione ha definito alcune misure temporanee che possono essere adottate dagli Stati membri: aiuti di importo limitato in forma di sovvenzioni dirette, anticipi rimborsabili o agevolazioni fiscali; aiuti sotto forma di garanzie sui prestiti; aiuti sotto forma di tassi di interesse agevolati per i prestiti; aiuti sotto forma di garanzie e prestiti veicolati tramite enti creditizi o altri enti finanziari; assicurazione del credito

[470] Come puntualizzato dalla Commissione nella comunicazione, C(2020)1863«Considerando che l'epidemia di COVID-19 interessa tutti gli Stati membri e che le misure di contenimento adottate dagli Stati membri hanno un impatto sulle imprese, la Commissione ritiene che un aiuto di Stato sia giustificato e possa essere dichiarato compatibile con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera b), del TFUE, per un periodo limitato, per ovviare alla carenza di liquidità delle imprese e garantire che le perturbazioni causate dall'epidemia di COVID-19 non ne compromettano la redditività, in particolare per quanto riguarda le PMI». Ragionando in questi termini, si richiede agli Stati membri di «dimostrare che le misure di aiuto di Stato notificate alla Commissione in applicazione della presente comunicazione sono necessarie, adeguate e proporzionate per porre rimedio a un grave turbamento dell'economia dello Stato membro interessato e che sono pienamente rispettate tutte le condizioni della presente comunicazione». La Commissione richiama, nella C (2000)186, le opzioni già preesistenti – come i regimi di aiuti per fronteggiare necessità acute di liquidità e sostenere le imprese in difficoltà finanziarie, anche dovute od aggravate dall' epidemia, che gli Stati, come specificato negli orientamenti sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione, possono notificare alla Commissione ex Art. 107, paragrafo 3, let. c), e la possibilità di indennizzare anche le imprese di settori particolarmente colpiti dall'epidemia (si pensi al settore dei trasporti, del turismo, della cultura, dell'accoglienza e del commercio al dettaglio) o gli organizzatori di eventi annullati per i danni subiti e direttamente causati dall'epidemia, in base all' Art. 107, paragrafo 2, let. b) – e, tanto premesso evidenzia che le misure indicate nello stesso Quadro Temporaneo sono finalizzate ad integrare le preesistenti possibilità.

all'esportazione a breve termine;- misure selettive sotto forma di differimento delle imposte e/o dei contributi previdenziali; misure selettive sotto forma di sovvenzioni per il pagamento dei salari.

Infine, per fronteggiare l' epidemia e potenziare le attività che contribuiscono allo sviluppo di prodotti rilevanti per fare fronte al Covid-19, la Commissione ha previsto l'aggiunta di tre nuovi aiuti (per la ricerca e sviluppo in materia di Covid-19, per gli investimenti per l'attività di *testing* e *upscaling*, per gli investimenti per la produzione di prodotti connessi al Covid-19)[471] in quanto compatibili con l'art 107, comma 3 lettera c) TFUE, che si

[471] In sintesi, sulla base del Quadro Temporaneo adottato dalla Commissione Europea, con la Comunicazione C(2020) 1863 del 19.03.2020, gli Stati membri possano concedere cinque tipi di aiuti: sovvenzioni dirette, agevolazioni fiscali selettive e acconti**:** contributi a fondo perduto fino ad ottocento euro, o agevolazioni fiscali selettive o anticipi, ad ogni singola impresa che debba fronteggiare urgenti esigenze in materia di liquidità; garanzie di Stato per prestiti bancari contratti dalle imprese, al fine di permettere alle banche di continuare a erogare prestiti ai clienti commerciali che ne abbiano necessità, in modo da aiutare le imprese a sopperire al fabbisogno immediato di capitale di esercizio e per gli investimenti; aiuti in forma di tassi di interessi agevolati su prestiti, che risultino in prestiti con tassi di interesse favorevoli alle imprese, finalizzati ad aiutare le aiutare le imprese a coprire il fabbisogno immediato di capitale di esercizio e per gli investimenti; garanzie per le banche che veicolano gli aiuti di Stato all'economia reale, riguardo alle quali il Quadro chiarisce che tali garanzie sono considerati aiuti diretti a favore dei clienti delle banche e non delle banche stesse, e fornisce orientamenti per ridurre al minimo la distorsione della concorrenza tra le banche; assicurazione del credito all'esportazione a breve termine**.**
Questo ventaglio di possibili interventi è stato ulteriormente ampliata dalla Comunicazione C(2020) 2215 del 3 aprile 2020 tramite l' indicazione di cinque ulteriori categorie di aiuti consentiti: a) aiuti per attività di ricerca e sviluppo in materia di Covid-19, consistenti in sovvenzioni dirette, anticipi rimborsabili o agevolazioni fiscali per attività di ricerca e sviluppo in materia di coronavirus e di terapie antivirali, ed in un sostegno supplementare a progetti transfrontalieri di cooperazione tra Stati membri; b) aiuti agli investimenti per le strutture di prova e upscaling, consistenti in contributi a fondo perduto, agevolazioni fiscali o anticipi rimborsabili e garanzie a copertura di perdite per sostenere investimenti, che consentano di costruire o ammodernare le infrastrutture necessarie per elaborare e testare prodotti (medicinali, vaccini e trattamenti; dispositivi e attrezzature mediche compresi i ventilatori meccanici, gli indumenti e i dispositivi di protezione e gli strumenti diagnostici, disinfettanti, strumenti per la raccolta e il trattamento dei dati utili per combattere la diffusione del virus) utilizzabili per fronteggiare la pandemia fino alla prima applicazione industriale; al fine di incoraggiare la cooperazione e sostenere la rapidità d'azione, le imprese potrebbero beneficiare di un sostegno supplementare se in esse investissero più Stati membri e se l'investimento venisse concluso entro due mesi dalla concessione dell'aiuto; c) aiuti agli investimenti per la produzione di prodotti connessi al Covid-19: consistente in sovvenzioni dirette, agevolazioni fiscali, anticipi rimborsabili e garanzie a copertura di perdite per sostenere investimenti che consentano di produrre rapidamente prodotti connessi al coronavirus (cioè medicinali e trattamenti, dispositivi ed attrezzature mediche, etc..); anche questi aiuti, al medesimo fine di incoraggiare la cooperazione e sostenere la rapidità d'azione, possono comprendere un sostegno supplementare per imprese in cui investano più Stati membri e che effettuino investimenti entro due mesi dalla concessione dell'aiuto; d) aiuti sotto forma di differimento del pagamento delle imposte e/o di sospensione del versamento dei contributi previdenziali, per i settori, le regioni od i tipi di imprese particolarmente colpite, al fine di ridurre ulteriormente i vincoli di liquidità cui devono far fronte le imprese a causa della crisi e di preservare l'occupazione, con la specificazione che, nel caso assuma portata generale e non favorisca talune imprese o la produzione di determinati beni, tale differimento non rientra nel concetto di aiuto di Stato; e) aiuti sotto forma di sovvenzioni per il pagamento dei salari ai dipendenti per evitare i

riferisce «agli gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse».

A differenza delle precedenti iniziative stabilite nel *Quadro temporaneo* adottato il 19 marzo 2020, essenzialmente informate all'esigenza di mantenere l'accesso delle imprese alla liquidità, la nuova comunicazione pubblicata dalla Commissione lo scorso 8 maggio[472], riconosce che gli effetti economici del COVID-19 metteranno a rischio anche la loro solvibilità e richiederanno, pertanto, misure più strutturali come apporti di capitale azionario, strumenti ibridi o prestiti subordinati. Le condizioni previste da detta Comunicazione sono da ritenersi, nel complesso, meno rigorose di quelle generalmente applicabili agli aiuti sotto forma di ricapitalizzazioni di imprese in difficoltà in tempi non di crisi; in particolare, non è previsto che la Commissione esiga un piano di ristrutturazione prima di concedere l'autorizzazione, il che rappresenta una differenza sostanziale rispetto alla prassi seguita dalla Commissione prima dell'emergenza COVID anche in rapporto a quanto stabilito durante la crisi finanziaria del 2008. In ogni caso, la successiva prassi decisionale della Commissione sarà indicativa riguardo alla richiesta di eventuali condizionalità più severe.

licenziamenti durante la pandemia, consistenti in contributi da parte degli Stati membri ai costi salariali delle imprese (inclusi i lavoratori autonomi) che, a causa della pandemia, sarebbero altrimenti costretti a licenziare personale, con la specificazione, anche per tale forma di interventi, che essi comportano aiuti di stato solamente se limitati a determinate regioni, settori o tipi di imprese.

La C(2020) 2215, emendando le originarie previsioni della C(2020)1863 in materia di cumulabilità fra diverse tipologie di aiuti ed ampliando anche le tipologie originariamente previste, indica due ulteriori aspetti di importanza generale. In primo luogo, tutti gli aiuti possono essere cumulati gli uni con gli altri, ad eccezione degli aiuti concessi in forma di garanzie ed in forma di tassi di interesse agevolati – se l'aiuto è concesso per lo stesso prestito sottostante e se l'importo complessivo del prestito per impresa supera determinate soglie stabilite in termini di spesa salariale annuale, del 25% del fatturato e del previsto fabbisogno di liquidità come risultante da autodichiarazione del beneficiario – e ad eccezione degli aiuti per la ricerca e sviluppo in materia di Covid, degli aiuti agli investimenti per le strutture di prova e upscaling, e degli aiuti agli investimenti per la produzione di prodotti connessi al Covid se l'aiuti riguardi gli stessi costi ammissibili. Va altresì considerato che l'importo complessivo dell'aiuto può essere concesso sotto forma di sovvenzioni dirette, agevolazioni fiscali, agevolazioni di pagamento o altre forme quali anticipi rimborsabili, garanzie, prestiti e partecipazioni, a condizione che il valore nominale totale rimanga inferiore al massimale di ottocento euro per impresa.

[472] Comunicazione della Commissione -Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19- C(2020) 3156 fin., cfr.:https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/sa_covid19_2nd_amendment_temporary_framework_it.pdf.

Per quanto riguarda l'Italia, per una analitica rassegna degli aiuti di Stato approvati dalla Commissione, cfr. Camera dei deputati, Servizio Studi XVIII Legislatura, Gli aiuti di Stato nell'attuale epidemia da Covid: il nuovo Quadro UE.

3. Le risposte della Commissione europea al Covid-19 ed i limiti all'interpretazione dell'articolo 107, comma 2 lettera b) e comma 3 lettera b) TFUE.

Come anticipato in premessa, l'instaurazione e il funzionamento del mercato unico richiedono uno spazio economico nel quale ogni genere di transazione commerciale possa realizzarsi alle medesime condizioni del mercato nazionale. Per raggiungere questo obiettivo, è necessario non solo eliminare barriere e ostacoli alla libera circolazione di merci e servizi, ma anche fondamentalmente assicurare che la concorrenza tra le imprese residenti nel territorio comunitario non sia falsata da misure finanziarie assunte dal singolo Stato membro che si risolvano in un beneficio economico circoscritto ad una ristretta platea di soggetti nazionali[473].

Il disposto dell'articolo 107 definisce i requisiti degli aiuti vietati e si traduce, nella sua applicazione in materia fiscale, nella censura di regimi fiscali che prevedono agevolazioni o esenzioni riconosciute a determinate attività economiche e tributi di scopo connotati da un vincolo di destinazione del gettito[474].

In relazione alla nozione di divieto di aiuti di stato, assume rilievo centrale il concetto di selettività; in particolare l'applicazione della selettività in forma materiale alle disposizioni tributarie richiede necessariamente il confronto fra la disciplina statale agevolativa e quella qualificata come ordinaria[475]. In quest'ottica, il controllo degli aiuti di Stato consiste nel trovare il giusto equilibrio fra gli effetti negativi sulla concorrenza e gli effetti positivi in termini di comune interesse, nella misura in cui questi ultimi risultino superiori alle distorsioni sulla concorrenza[476].

---

[473] Così si esprime P. Boria, *Diritto tributario europeo, Terzo edizione, Milano,* p. 239 e ss.

[474] In tal senso, v. F. Tesauro, *Istituzioni di Diritto tributario, Vol. 2, Parte Speciale, Milano, 2019,* p. 377; R. Miceli, *La metamorfosi del divieto di aiuti di Stato nella materia tributaria*, in *Riv. dir. trib.*, 2015, I, p. 35. Con particolare riferimento alla disamina delle condizioni in base alle quali il tributo di scopo potrebbe qualificarsi come aiuto di stato, v. A.F. Uricchio, *Imposizione di scopo e federalismo fiscale*, Maggioli editore, 2013.

[475] In questi termini si veda, G. Bizioli, *L'integrazione giuridica delle norme tributarie, interne, internazionali ed europee,* in Studi tributari Europei, n. 1/2015, p. 46, il quale sottolinea che "dalla commensurabilità delle due discipline deriva l'incompatibilità della disciplina statale agevolativa salvo possa soddisfare e sia proporzionale ad un interesse europeo".

[476] Così, L. Del Federico, *Introduzione, in Interventi finanziari e tributari, per le aree colpite da calamità naturali fra norme interne e principi europei,* Giappichelli, 2016, p 11 e ss.

Detto divieto non è, tuttavia, assoluto ciò in quanto lo stesso articolo 107 del Trattato contempla aiuti compatibili *de iure* con il mercato interno (secondo paragrafo)[477] e aiuti che «possono considerarsi compatibili con il mercato interno» (terzo paragrafo)[478]. Il successivo articolo 108, TFUE determina, poi, le competenze del Consiglio e della Commissione in materia di aiuti di Stato oltre alle relative regole procedurali. Dal combinato disposto degli articoli 107 e 108 del Trattato, risulta, pertanto, riservato alle Istituzioni europee un incisivo controllo sulle scelte interne di politica fiscale, delineandosi, in tal modo, un significativo limite oggettivo all'esercizio della potestà impositiva degli Stati membri e dei livelli territoriali substatali.

In particolare, l'art. 107, paragrafo 2, lett. b) che costituisce norma di stretta interpretazione[479], considera *compatibil*i *de iure* gli «aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali».

L'aiuto ha dunque, nell'ipotesi considerata, lo scopo di ritornare alle normali condizioni di concorrenza: a seguito dell'evento calamitoso o eccezionale, infatti, le imprese colpite sono in uno stato di inferiorità rispetto alle altre nel mercato interno, e se non aiutate, soffrirebbero di uno svantaggio competitivo[480]. In questa fattispecie, come rilevato dalla Corte di Giustizia, la Commissione è tenuta a dichiarare, "purché rispondano a taluni criteri oggettivi", tali aiuti compatibili "senza disporre di alcun potere discrezionale"[481].

---

[477] Riguardo agli aiuti compatibili "de jure" è stato sottolineato (si veda ampiamente, A. Brancasi, *La tutela della concorrenza mediante il divieto di aiuti di stato*, in AA.VV. Scritti in onore di Alberto Romano, 2010), che dalla formulazione della norma non si evince se questi aiuti siano stati dichiarati ipso iure compatibili, avendo lo stesso legislatore accertato una volta per tutte, che non presentano le caratteristiche per essere incompatibili, e quindi, per essere vietati o viceversa per il fatto di essere stati ammessi dal legislatore nonostante falsino o minaccino di falsare la concorrenza e/o di incedere sugli scambi fra gli Stati membri. D'altra parte è stato altresì rilevato (cfr. C. Fontana, *Gli aiuti di stato, op. cit.,* p.158) che le diverse spiegazioni degli aiuti ipso iure compatibili presentano un rilievo pratico limitato nella misura in cui qualunque sia il motivo per cui il legislatore li ha dichiarati compatibili alla Commissione rimane comunque il compito di accertare che le misure di volta in volta considerate presentino le caratteristiche di una delle tipologie previste dalla norma.

[478] Osserva in merito P. Russo, *Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato*, in *Rass. trib.*, 2003, p.330, che la previsione normativa delle deroghe al divieto di aiuti di Stato porta ad affermare che quest'ultimo non è assoluto ma relativo. In quest'ottica risulterebbero incompatibili con il mercato interno solo quegli aiuti rientranti nel paragrafo 1, lett. B del TFUE; di conseguenza la compatibilità degli aiuti rientranti nelle categorie previste dal paragrafo 2 sarebbe automatica o de jure mentre la compatibilità degli aiuti racchiusi nel paragrafo 3 sarebbe sottoposta alla valutazione discrezionale da parte della Commissione.

[479] Si vedano, CGUE, sentenza 11 novembre 2004, Spagna c. Commissione, C-73/03, e sentenza 23 febbraio 2006, C-346/03 e C-529/03.

[480] In tal senso, v. F. Fichera, *Calamità naturali, principi costituzionali e agevolazioni fiscali*, in *Rass. Trib.*, n. 6/2014.

[481] Cfr. CGUE, Olympiaki Aeroporia Ypiresies AE c. Commissione, C-268/06, sent. 25 giugno 2008, punto 51

Gli orientamenti della giurisprudenza Europea rendono ancor più evidente come il fine sotteso alla compatibilità *de iure* di tate tipo di aiuto risieda nel fatto di essere finalizzato a compensare i danni causati dalla calamità[482]: la Commissione dovrà concentrarsi sul nesso diretto di causalità tra i danni subiti e l'evento calamitoso o eccezionale e sull'appropriato risarcimento, tanto, al fine di evitare una sovracompensazione con conseguente alterazione in senso inverso della concorrenza[483].

Il regolamento n. 651/2014 ha fatto venir meno l'obbligo di notifica preventiva di dette misure[484]; sul piano dell'effettività, nel caso degli aiuti compatibili *de iure*, la notificazione integra, dunque, una mera *notizia*, volta a sollecitare solo una funzione di controllo, ma non quella *autorizzatoria*. In merito, l'UE conserva solo la competenza di sovrintendere a che essi rientrino effettivamente nella fattispecie astratta delineata dalle norme del Trattato impedendo, in tal modo, che gli Stati abusino delle competenze che il TFUE riserva loro.

Orbene, la Commissione ha sempre adottato un'interpretazione dell'art. 107, paragrafo 2, lett. b) estremamente restrittiva[485] facendosi, in sostanza, riferimento, per quanto concerne la qualificazione della nozione di calamità naturale, solo a eventi calamitosi di origine squisitamente geologica o meteorologica[486].

Parimenti, la Commissione ha interpretato restrittivamente l'inciso dello stesso articolo

[482] In tal senso, v. CGUE sentenza 9 giugno 2011, C-71/09.

[483] Per puntuali richiami giurisprudenziali sul punto, v. O. Lombardi, *Aiuti fiscali per calamità naturali: condizioni e limiti alla luce dei recenti orientamenti nazionali*, in *Interventi finanziari e tributari, per le aree colpite da calamità naturali fra norme interne e principi europei*, Giappichelli, 2016.

[484] Osserva in merito A. Quattrocchi, *Orientamenti della commissione europea in tema di aiuti di Stato in favore delle zone compite da calamità naturali*, in *Interventi finanziari e tributari, per le aree colpite da calamità naturali fra norme interne e principi europei*, Giappichelli, 2016, p. 201 che "con specifico riferimento agli aiuti destinati ad ovviare alle calamità naturali e ad altri eventi eccezionali, tale quadro- pur parzialmente modificato a seguito del regolamento 651/2014- non ha subito alcun reale mutamento poiché la Commissione anche se ex post e non più ex ante si potrebbe comunque trovare ad esprimere un giudizio sulla misura adottata e segnatamente sia sulla sussistenza del presupposto assunto dalla misura quale giustificazione funzionale (la calamità o l'evento eccezionale) sia sull'appropriatezza della misura rispetto alla criticità cui lo Stato intende fare fronte".

[485] In ordine all'individuazione della nozione di calamità naturale diffusamente, v. L. Del Federico, *Interventi finanziari e tributari*, op. cit, p. 13 e ss.

[486] A conferma di ciò si veda il Regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione del 17 giugno 2014, che all'art. 50 dispone che «I regimi di aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati da terremoti, valanghe, frane, inondazioni, trombe d'aria, uragani, eruzioni vulcaniche e incendi boschivi di origine naturale sono compatibili con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 2, lettera b)». *Analoga definizione si legge nel punto 330 degli* Orientamenti dell'Unione europea per gli aiuti di Stato nei settori agricolo e forestale e nelle zone rurali 2014—2020 *in cui si rileva che* «Fino ad oggi la Commissione ha considerato come calamità naturali i terremoti, le valanghe, le frane e le inondazioni. Inoltre, essa tiene contro degli sviluppi intervenuti nel contesto dell'iniziativa per la modernizzazione degli aiuti di Stato, che consentono di applicare un'esenzione di categoria anche ai seguenti tipi di calamità naturali: trombe d'aria, uragani, eruzioni vulcaniche e incendi boschivi di origine naturale».

107, paragrafo 2, lett. b) che definisce la compatibilità *de iure* anche degli aiuti diretti a «ovviare ai danni arrecati […] da altri eventi eccezionali», limitandosi, essenzialmente, a ricomprendere in questa nozione «eventi eccezionali» quali le turbative al mercato e, in genere, all'economia determinate dall'azione dell'uomo[487].

Alla luce di tanto, l'inclusione nell'ambito applicativo dell'art. 107, paragrafo 2, lett. B) dei disastri sanitari, quale quello in corso determinato dal Coronavirus, operata dalla Commissione nelle recenti comunicazioni oggetto di esame, appare, in rapporto al dato testuale di base certamente ragionevolmente adeguata.

Un ulteriore aspetto di interesse è, poi, rappresentato dal profilo dell'entità stessa degli aiuti che, secondo l'orientamento della Commissione devono essere comunque limitati, nel loro ammontare, a quanto direttamente connesso a risarcire il danno arrecato. I beneficiari degli aiuti potrebbero essere, infatti, solo i soggetti direttamente danneggiati e nei soli limiti in cui sia riscontrabile una correlazione immediata fra ammontare dell'aiuto e danno sofferto.

Pertanto, è opportuno ragionare sulla generica formula "l'ovviare ai danni" generalmente interpretata in riferimento ai danni individualmente sofferti dai singoli operatori economici. Orbene, un' interpretazione più flessibile del dato testuale oggetto di interpretazione non escluderebbe un riferimento ai pregiudizi determinati dall'evento complessivamente considerati nei riguardi della collettività avendosi, in sostanza, riguardo alla inclusione nell'ambito di applicazione della norma di interventi volti a rimediare a un più generico squilibrio di interi settori economici[488].

Tanto premesso, è altresì fondamentale individuare le metodologie in base alle quali i settori danneggiati e le singole imprese potranno procedere alla quantificazione dei danni subiti a causa della pandemia. Alla luce della prassi applicativa della norma da parte della Commissione che richiede quantificazioni rigorose delle perdite e dei mancati guadagni, non procedere adeguatamente significherebbe, infatti, vanificare il sostegno per settori ampiamente colpiti dalla pandemia esponendo le imprese a favore delle quali venissero erogati finanziamenti non preceduti da adeguate quantificazioni dei danni a possibili

[487] In senso conforme il punto 330 degli *Orientamenti dell'Unione europea per gli aiuti di Stato nei settori agricolo e forestale e nelle zone rurali 2014—2020* delimita la nozione di evento eccezionale a «le guerre, i disordini interni e gli scioperi e, con alcune riserve e in funzione della loro estensione, *[ai]* gravi incidenti nucleari o industriali e *[agli]* incendi che causano perdite estese».

[488] Degne di nota, in merito, sono le decisioni 31 maggio 2000 SG(2000)D/103966 e 14 dicembre 2000 SG(2000)D/109293.

decisioni di recupero di aiuti illegittimamente concessi.

Venendo al disposto dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera b), del TFUE, la fattispecie considerata prevede che lo Stato membro dimostri, comunque, che le misure di aiuto di Stato notificate alla Commissione siano necessarie, adeguate e proporzionate a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia dello Stato membro interessato. Detto turbamento nell'economia deve presentare ripercussioni a livello nazionale e non locale o settoriale dovendo, la gravità della violazione, essere valutata a livello comunitario.

Questa ipotesi ha tradizionalmente rappresentato la base per la definizione di tutte quelle deroghe concesse dall'Europa agli Stati membri in riferimento alle misure adottate a favore del settore bancario tramite le cd "crisis communication"[489]. Con la crisi finanziaria mondiale dell'autunno del 2008, infatti, su questa deroga si sono fondate le misure di aiuto necessarie per affrontare la crisi sistemica del settore bancario dell'Unione europea. Detta crisi è stata ritenuta un grave turbamento non di uno Stato membro ma dell'intero mercato interno, data l'eccezionalità di una situazione che stava mettendo a rischio il funzionamento dei mercati finanziari[490].

Nell'applicazione dell'articolo 107 paragrafo 3 TFUE, la Commissione Europea dispone di un ampio potere discrezionale per verificare l'impatto dell'aiuto sulla concorrenza e sul commercio intracomunitario per poter valutare se gli aiuti richiamati nella suddetta previsione possano considerarsi compatibili con il mercato interno. Nell'esercizio di questo potere la Commissione europea dovrà bilanciare gli obiettivi della libera concorrenza e della solidarietà europea in ossequio al principio di proporzionalità[491].

---

[489] In tema si veda, Temporary Community framework for State aid measures to support access to finance in the current financial and economic crisis, initial version OJ C16, 22.1.2009, p.1.

[490] Sul punto, si vedano: Dec. Comm. UE, 20 febbraio 2009, Aiuto di Stato n. 97/2009, C(2009) 1288 definitivo; comunicazione della Commissione – L'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria mondiale, in G.U.U.E. C-270, 25 ottobre 2008, p. 8; comunicazione della Commissione - La ricapitalizzazione delle istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria: limitazione degli aiuti al minimo necessario e misure di salvaguardia contro indebite distorsioni della concorrenza, in G.U.U.E. C-10, 15 gennaio 2009, p. 2; comunicazione della Commissione sul trattamento delle attività che hanno subito una riduzione di valore nel settore bancario comunitario, in G.U.U.E. C- 72, 26 marzo 2009, p. 1; comunicazione della Commissione sul ripristino della redditività e la valutazione delle misure di ristrutturazione del settore finanziario nel contesto dell'attuale crisi in conformità alle norme sugli aiuti di Stato, in G.U.U.E. C-195, 19 agosto 2009, p. 9.

[491] Il principio di proporzionalità richiede che gli atti delle istituzioni dell'Unione non superino i limiti di quanto è opportuno e necessario al conseguimento degli scopi legittimamente perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta tra più misure idonee, si deve ricorrere a quella meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti (v. sentenza della Corte del 22 gennaio 2013, Sky Österreich, C-283/11, punto 50 e la giurisprudenza citata). Nel rispetto del suddetto principio le Istituzioni europee devono, pertanto, utilizzare

Considerando il tema oggetto di indagine, pare opportuno evidenziare che già con la Comunicazione del 19 marzo 2020, la Commissione ha inteso predeterminare le misure compatibili con l'art. 107(3)(b) TFUE. In definitiva, l'emergenza COVID-19 non ha portato la Commissione a rinunciare al controllo preventivo volendosi piuttosto *standardizzare* la risposta degli Stati membri così da accelerare l'approvazione degli aiuti in seguito alla notifica ex art. 108(3) TFUE.

4. Considerazioni conclusive ed indicazioni per il futuro.

Vero è che i sistemi tributari degli Stati membri presentano una notevole complessità dalla quale discende spesso una sostanziale difficoltà a procedere alla valutazione del carattere eccezionale e derogatorio di una disposizione, tuttavia non può ritenersi, in vista della definizione di un regime di imposizione *ordinario* tendenzialmente comune, di procedere ad una drastica applicazione del divieto di aiuti di Stato essendo evidentemente altre (politiche di coordinamento, ravvicinamento e armonizzazione) le modalità attraverso le quali raggiungere questo obiettivo.

Il ruolo degli aiuti è, tanto preliminarmente chiarito, indubbiamente centrale nel sistema europeo di tutela della concorrenza in quanto presenta una connotazione marcatamente politica non solo considerando che impatta sulle politiche degli Stati ma anche perché tende a contribuire a realizzare diverse finalità politiche proprie dell'Unione, si pensi, appunto, alla possibilità delle deroghe previste dall'articolo 107 TFUE ai paragrafi 2 e 3.

La materia degli aiuti di stato si caratterizza intrinsecamente quale ambito nel quale è particolarmente rilevante il carattere "negoziale" dei rapporti fra Stati membri e Commissione, in ragione di tanto, è ancor più evidente comprenderne i reali limiti per contribuire a raggiungere un obiettivo ben definito di interesse comune.

Come evidenziato, la Commissione individua nelle deroghe previste dall'art. 107(2)(b) TFUE e dall'art. 107(3)(b) TFUE le disposizioni di riferimento al contrasto dell'emergenza sanitaria, che rendono, pertanto, possibile la concessione di aiuti di Stato. In questo contesto, l'approccio più elastico della Commissione teso a rimodulare, per alcuni profili,

---

la misura più adeguata all'obiettivo prefissato garantendo un bilanciato rapporto fra gli strumenti messi in gioco e gli obiettivi pubblici da raggiungere.

precedenti interpretazioni eccessivamente restrittive, è da ritenersi sotto il più significativo aspetto della considerazione dei valori tutelati, senza dubbio ragionevole e coerente rispetto al dato testuale di riferimento.

La crisi emergenziale ha sicuramente mostrato i significativi limiti dell'adeguatezza dell'impianto dei principi Unionali sugli Aiuti di Stato, dimostrati dallo stesso ricorso della Commissione a svariate Comunicazioni che, come rappresentato, hanno interpretato in senso estensivo la vigente normativa sugli aiuti. Parimenti sono emersi i rilevanti limiti della controparte regolamentare del richiamato impianto, ossia quella delle politiche di coesione basata sui fondi strutturali europei, considerando in particolare la parziale modifica del Regolamento 1303/13 per la previsione di un limitato intervento finanziario dei fondi strutturali Europei[492].

[492] Per affrontare le conseguenze della pandemia di COVID-19, la Commissiona ha proposto il 13 marzo 2020 una "*Iniziativa di investimento in risposta al coronavirus*" (c.d. *Corona Response Investment Iniative*, "CRII"). La finalità dell'azione è quella di mobilitare le riserve di liquidità disponibili nei Fondi strutturali e di investimento europei con 37 miliardi di Euro proponendo di rinunciare quest'anno all'obbligo di chiedere il rimborso dei prefinanziamenti che non sono stati spesi a titolo del Fondo europeo di sviluppo regionale (FESR), del Fondo sociale europeo (FSE), del Fondo di coesione (FC) e del Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca (FEAMP) fino alla chiusura del programma. I fondi saranno diretti ai sistemi sanitari, alle Pmi, ai mercati del lavoro e alle altre parti vulnerabili delle economie degli Stati membri UE. Il relativo regolamento è stato adottato il 30 marzo 2020 ed è entrato in vigore il 1° aprile 2020. Più in particolare, la proposta della Commissione europea, ha previsto delle modifiche mirate di alcune disposizioni di quattro regolamenti cardine nella gestione dei fondi dell'Unione all'interno del quadro finanziario pluriennale ("QFP") 2014-2020, ossia il regolamento (UE) n. 1301/2013 sul Fondo europeo di sviluppo regionale, il regolamento (UE) n. 1303/2013 recante disposizioni comuni sui Fondi strutturali e di investimento europei e il regolamento e il regolamento (UE) n. 508/2014 sul Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca.
I regolamenti così come modificati introducono la nozione di *crisi sanitaria pubblica* permettendo un'estensione dell'ambito di applicazione del sostegno dei fondi strutturali. A seguito di dette modifiche gli Stati membri possono immettere liquidità in modo immediato a beneficio delle imprese a garanzia di una maggior flessibilità e semplicità nella modifica dei programmi e nel trasferimento dei fondi a beneficio dei territori con maggiore necessità Ciò che preme evidenziare è che il FESR può sostenere il finanziamento del capitale circolante delle PMI ove necessario come misura temporanea, al fine di rispondere a una crisi sanitaria pubblica e può comprendere gli investimenti in prodotti e servizi necessari a promuovere le capacità di risposta alle crisi dei servizi sanitari pubblici. Le spese per promuovere "le capacità di risposta alle crisi" sono in ogni caso ammissibili a decorrere dal 1º febbraio 2020. In sostanza si vorrebbe mettere subito a sistema sinergico le programmazioni nazionali e regionali dei fondi strutturali (a mezzo della previsione di strumenti finanziari e/o istituzione di Sezioni Speciali settoriali e regionali del Fondo di Garanzia Nazionale, ovvero fondi di garanzia di primo grado), con il costituendo fondo Invest-EU ,ex-regolamento FEIS, disciplinante strumenti di garanzia del gruppo BEI-FEI di secondo grado, da combinare, per gli aspetti maggiormente legati ai danni della crisi Covid 19, con gli strumenti finanziari e con le sovvenzioni del Temporary Framework. In pratica, il regolamento n. 2012/2002 del Consiglio, dell'11 novembre 2002, che istituisce il Fondo di solidarietà dell'Unione europea (c.d. "FSUE"), è stato integrato dal regolamento 2020/461 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 marzo 2020, che ne estende in modo permanente l'ambito di applicazione alle gravi emergenze di sanità pubblica e per definire gli interventi specifici ammissibili al finanziamento. L'FSUE, che è finanziato al di fuori del bilancio dell'Unione, consente di mobilitare fino a 500 milioni di euro all'anno al fine di integrare le spese pubbliche sostenute dagli Stati membri per gli interventi di emergenza. Si segnala altresì la c.d. iniziativa SURE, "*Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency*", presentata con proposta di regolamento della Commissione europea del 2 aprile 2020, quale ulteriore strumento temporaneo per consentire all'Unione europea di concedere

Dopo il superamento della fase acuta della crisi, sarebbe, dunque, opportuna una riflessione sull'intero comparto degli aiuti con l'obiettivo di rendere questo strumento – sicuramente cresciuto in maniera disorganica nel tempo[493] e, peraltro, utilizzato in tempi recenti dalla Commissione per finalità multiformi[494] – più agile e funzionale agli scopi che persegue: alla luce delle attuali criticità, occorrerà adeguare il sistema alle nuove condizioni determinate dalla recessione economica che segue l'emergenza epidemiologica, rendendo le decisioni sempre più efficaci e, soprattutto, coerenti al fine di conseguire il miglior asset per la crescita economica.

Come segnalato, pur ritenendo meritevole di considerazione il principio della neutralità fiscale non può certo negarsi che la tutela della concorrenza debba essere bilanciata, sul piano dell'effettività, con altri interessi altrettanto tutelati dal diritto dell'Unione Europea.

In quest'ottica, in vista della individuazione, sempre necessariamente condivisa, di un maggior ambito di autonomia degli Stati membri, risulta opportuna la valorizzazione dell'osservanza del fondamentale principio di proporzionalità in termini di riferimento principale per determinare un bilanciamento costruttivo nel rapporto fra libertà, diritti e limitazioni al loro esercizio che le Istituzioni europee devono necessariamente osservare.

Il principio in parola imporrebbe, infatti, di avere riguardo nella predisposizione ed applicazione delle regole, alla loro stretta rispondenza agli obiettivi perseguiti, dovendo le disposizioni europee avere contenuti e forme limitati in relazione a quanto necessario per

---

assistenza finanziaria per un importo fino a 100 miliardi di euro in forma di prestiti dell'Unione europea agli Stati membri colpiti. Lo strumento SURE verrà messo a disposizione degli Stati membri che devono mobilitare notevoli mezzi finanziari per combattere le conseguenze economiche e sociali negative della pandemia e garantirà un'assistenza finanziaria aggiuntiva, integrando così le misure nazionali e le sovvenzioni normalmente erogate per tali scopi nel quadro del Fondo sociale europeo. Lo strumento Sure consentirà all'Unione europea di: (i) aumentare il volume dei prestiti che possono essere concessi tramite lo strumento SURE agli Stati membri che chiedono assistenza finanziaria nel quadro di detto strumento; (ii) garantire che le passività potenziali per l'Unione europea derivanti dallo strumento siano compatibili con i vincoli di bilancio dell'Unione europea stessa.

[493] è del dicembre 1998 la comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli Aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese: si tratta del primo documento ufficiale nel quale si sono delineate le linee guida riguardanti il settore degli aiuti.

[494] Il riferimento è alla politica della Commissione Europea orientata ad estendere il più possibile l'ambito di applicazione di tale divieto con la finalità di raggiungere ulteriori obiettivi quali il ravvicinamento in materia di imposte dirette e il contrasto all'erosione della base imponibile. Sul punto, v. G. Bizioli, *L'evoluzione della fiscalità diretta in ambito UE. Metodi e tendenze*, Primo seminario sulla ricerca AIPDT 2018.

In ordine al progressivo ampliamento dell'ambito applicativo della disciplina in esame e il principio di non discriminazione, da una parte e le regole di contrasto alla concorrenza dannosa dall'altra, v. R. Miceli, *La metamorfosi del divieto di aiuti di Stato nella materia tributaria,* cit., p. 31, ss. Sempre riguardo ad una applicazione sempre più estensiva del divieto di aiuti di stato, v. G. Marino, *Note brevi sull'evoluzione del divieto di aiuti di Stato e sostenibilità dei sistemi fiscali*, in *Riv. dir. trib.*, 2018, I, p. 393.

il conseguimento degli obiettivi perseguiti. Da tanto discende che principi, limiti e vincoli che caratterizzano l'architettura quanto mai complessa del sistema degli aiuti di stato, andrebbero applicati, anche per il futuro, non rigidamente, bensì valorizzando la possibilità di graduazione proporzionale delle regole consentita dall'articolo 5 del Trattato sull'Unione Europea.

Abstract: Il contributo è volto ad analizzare l'approccio della Commissione europea alla valutazione degli aiuti di Stato a sostegno dell'economia nel contesto dell'emergenza Covid-19, con particolare riferimento all'individuazione della definizione della portata applicativa dell'articolo 107 TFUE. Muovendo da questa prospettiva, ci si interrogherà sulla adeguatezza della capacità dell'impianto dei principi in materia di aiuti di stato a rispondere alle esigenze degli Stati membri più colpiti dalla crisi. Si auspica per il futuro un ruolo sempre più centrale del fondamentale principio di proporzionalità in vista dell'adozione di soluzioni condivise ed adeguate, informate ad una maggiore razionalizzazione e semplificazione delle procedure europee di riferimento.

Abstract: The paper is aimed at analyzing the European Commission's approach to assessing state aid to support the economy in the context of the Covid-19 emergency, with particular reference to identifying the definition of the scope of application of Article 107 TFEU. Moving from this point of view, the question treated in the paper will be wheter the adequacy of the State aid principles to meet the needs of the Member States most affected by the crisis. It is hoped that the fundamental principle of proportionality will play an increasingly central role in the future with a view to the adoption of shared and appropriate solutions, informed to a greater rationalization and simplification of the European reference procedures.

Parole chiave: articolo 107 TFUE – Commissione europea – emergenza – Covid-19 – proporzionalità.

Key words: article 107 TFEU – European Commission – emergency – Covid-19 – proportionality.

GLI STRUMENTI ECONOMICO-FINANZIARI DELL'UNIONE EUROPEA PER FRONTEGGIARE LE CONSEGUENZE DELLA PANDEMIA CAUSATA DAL *COVID-19*: UN RAFFORZAMENTO DELL' *ORDO* NEOLIBERISTA CON RIPERCUSSIONI "SILENTI" SULLA FORMA DI STATO E SULLA TENUTA DELL' ORDINAMENTO COMUNITARIO. VERSO UN' EUROPA A "DUE VELOCITÀ"?*

di Daniele Trabucco**

"*Temo che l'Europa, per quanto intelligente,*
sia sempre stato un Paese di orrori"
(cit. Bertrand Russell)

Sommario. 1. Il Consiglio europeo del 23 aprile 2020 e l'Eurogruppo 08 maggio 2020: il pacchetto anticrisi – 2. Il fondo SURE ed il ruolo della Banca europea degli investimenti (BEI) - 3. segue: il MES "senza condizionalità" – 4. segue: Il *Recovery Fund* – 5. La "apparente" sospensione del Patto di stabilità e crescita – 6. Gli strumenti economico-finanziari dell'Unione: verso un rafforzamento dell'ordine neoliberista. Le ripercussioni sulla forma di Stato in assenza di revisioni costituzionali e l'incremento del divario tra i Paesi membri dell'UE.

1. Il Consiglio europeo del 23 aprile 2020 e l'Eurogruppo 08 maggio 2020.

Il Consiglio europeo del 23 aprile 2020, per fronteggiare le drammatiche conseguenze economiche causate dalla diffusione del *Covid-19*, ha dato il via libera alle proposte elaborate dall'Eurogruppo del 07-09 aprile 2020, vale a dire la linea di credito agevolata del MES per le spese sanitarie dirette ed indirette, la cassa di integrazione europea (100 miliardi del Fondo SURE per integrare le casse integrazioni nazionali) ed un ampio

* *Sottoposto a referaggio*.

** Professore associato di Diritto costituzionale italiano e comparato e Dottrina dello Stato – Libera Accademia degli Studi di Bellinzona (Svizzera)/UNIB – Centro Studi Superiore INDEF (Istituto di Neuroscienze Dinamiche "*Erich Fromm*"). Dottore di Ricerca in Istituzioni di Diritto Pubblico – Università di Padova.

intervento della Banca europea degli investimenti (BEI)[495] di 200 miliardi per le Pmi. Il pacchetto iniziale dovrebbe avere un valore di 540 miliardi di euro, ivi compresi i 240 miliardi del nuovo MES, calcolati come se tutti i Paesi membri ne facessero richiesta, e l'intenzione espressa dal Consiglio è di garantirne l'operatività a partire da giugno[496]. A questo si aggiunge il programma *Pepp* della BCE (750 miliardi) già operativo: l'articolo 4 della decisione 2020/4040 permette alla BCE di agire nella misura ritenuta necessaria e proporzionata a contrastare le minacce poste dalle straordinarie condizioni economiche e di mercato alla capacità del Sistema europeo delle banche centrali di assolvere il proprio mandato. In particolare, la BCE ha deciso che i tradizionali limiti al programma di acquisto di attività (c.d. *asset pruchase programme*) non si applicheranno alle quote ai fini del *PEPP*. Si tratta di una decisione assai audace, presa proprio per l'eccezionalità della presente situazione emergenziale

I Capi di Stato e di Governo dei Paesi membri dell'Unione Europea, inoltre, hanno discusso della creazione di un Fondo europeo per la ripresa, affidando alla Commissione il compito di presentare una proposta scritta ed elaborata circa i fondi da utilizzare per coprire le spese del c.d. *Recovery Fund*. Si tratta di uno strumento considerato quasi un Piano *Marshall*, in quanto dovrebbe rappresentare una delle principali misure europee di sostegno agli Stati membri per mitigare gli effetti economici[497] provocati dalla crisi sanitaria[498].

**[495] L'art. 36 del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. decreto *ripresa*) dispone misure per implementare i finanziamenti BEI ed il SURE. A tale scopo si istituisce un fondo nello stato di previsione del Ministero dell'Economia e delle Finanze con una dotazione per l'anno in corso di 1000 milioni di euro

[496] Per un generale inquadramento in merito all'intervento dell'Unione Europea davanti all'emergenza causata dal Covid-19 si rinvia a F. Rossi, *Luci ed ombre sull'intervento dell'Unione Europea a fronte dell'emergenza del Covid-19*, in *Nomos*, n. 1/2020, p. 1 e ss.

[497] Se il primo trimestre 2020 è stato segnato dal crollo delle attività economiche, lo scenario peggiore potrebbe verificarsi nel secondo trimestre: "Il deterioramento degli indicatori dei consumi è senza precedenti", scrive la BCE a proposito dell'effetto dei *lockdown* sull'attività economica dell'eurozona. "Lo shock provocato dal *Covid-19*, si legge, ha prodotto un effetto diretto attraverso il razionamento di diverse componenti di spesa. Gli effetti indiretti dovrebbero concretizzarsi attraverso l'impatto sul reddito, sulla ricchezza e sull'accesso al credito. Inoltre, la domanda repressa può avere un impatto positivo una volta revocate le misure di contenimento. L'impatto nel medio periodo sui consumi privati dipende dalla durata dei *lockdown*, dal ritmo di allentamento delle misure, dai cambiamenti del comportamento delle famiglie e dall'efficacia delle politiche pubbliche". Nello specifico, "la pandemia e le relative misure di contenimento hanno colpito duramente il settore manifatturiero e dei servizi, con ripercussioni sulla capacità produttiva dell'economia dell'area e sulla domanda interna. Nel primo trimestre del 2020, interessato solo in parte dalla diffusione del *virus*, il PIL in termini reali dell'area dell'euro è diminuito del 3,8 per cento sul periodo precedente, per effetto delle misure di chiusura messe in atto nelle ultime settimane del trimestre. Il brusco ripiegamento dell'attività economica ad aprile, si legge ancora, suggerisce che tale effetto sarà probabilmente persino più grave nel secondo trimestre.

[498] F. Scapelli, *Il Consiglio europeo del 23 aprile: risultati e nodi da sciogliere*, in *European Affairs*, 24 aprile 2020.

L'Eurogruppo[499] dell'08 maggio 2020, dopo aver confermato gli indirizzi già decisi dai Capi di Stato e di Governo il 23 aprile, ha trovato un'intesa anche per l'eventuale attivazione del discusso MES (*ex* fondo salva-Stati). La scadenza dei prestiti sarà decennale e a un tasso annuale vicino allo zero: unica condizione è che le risorse vengano destinate alle spese sanitarie dirette e indirette legate alla pandemia. Gli Stati membri avranno tempo fino al mese di dicembre 2022 per richiedere il prestito, ma il *board* del MES potrà decidere di estendere la scadenza. Nell'accordo raggiunto dai Ministri dell'Economia e delle Finanze dei Paesi dell'eurozona si conferma che le linee di credito del MES saranno disponibili per tutti gli Stati membri dell'area dell'euro per importi fino al 2% del PIL unicamente per sostenere il finanziamento interno dell'assistenza sanitaria diretta e indiretta, i costi relativi alla cura e alla prevenzione dovuti alla crisi determinata dal *Covid-19*. L'Eurogruppo, inoltre, ha precisato che la vigilanza della Commissione non sarà rafforzata. La sorveglianza e il monitoraggio dovrebbero essere commisurati alla natura dello *shock* simmetrico causato dal *Covid-19*. Tuttavia, l'Eurogruppo ribadisce che, successivamente, gli Stati membri dell'area dell'euro rimarrebbero impegnati a rafforzare i fondamenti economici e finanziari, coerentemente con i quadri di coordinamento e sorveglianza economica e fiscale dell'UE, compresa l'eventuale flessibilità applicata dalle competenti istituzioni dell'UE.

È troppo presto per dire se tutto questo comporterà il ritorno ad una visione neo-keynesiana o ad una soluzione intermedia[500], oppure a confermare l'impianto neoliberista, benché qualche indicazioni emergerà nei paragrafi successivi. Come è stato osservato da una parte della dottrina il confronto non è soltanto teorico, ma dimostra, nelle posizioni contrapposte che sono emerse nel dibattito in seno all'Unione Europea, atteggiamenti che tradiscono in maniera evidente scelte in parte opportunistiche, l'incapacità di prevedere ciò che accadrà anche tra pochi mesi ed il condizionamento che deriva dalla necessità di tener conto degli umori degli elettorati nazionali[501]. Sarà, dunque, da valutare se sussistano i presupposti di

[499] L'Eurogruppo è un organismo che affianca il Consiglio dell'economia e della finanza (ECOFIN) e raggruppa unicamente i Ministri dell'Economia e delle Finanze degli Stati membri che adottano l'euro come loro moneta. Esso, pertanto, consente discussioni specificatamente legate all'economia e alle finanze dei Paesi dell'eurozona. Sul punto F. Fabbrini, *Introduzione al Diritto dell'Unione Europea*, Bologna, il Mulino, 2018, p. 56.

[500] Cfr. L. Panzani, *COVID-19. Un'emergenza destinata a protrarsi. Appunti per il "dopo"*, in *Federalismi.it*, n. 10/2020.

[501] Aa. Vv., *La pandemia aggredisce anche il diritto? Intervista a Corrado Caruso, Giorgio Lattanzi, Gabriella Luccioli e Massimo Luciani*, in F. De Stefano (a cura di), *Giustizia Insieme*, marzo 2020.

una crisi[502] economica rigenerativa, causata dalla diffusione globale (e non solo comunitaria) dell'agente patogeno, e se questa confermi o meno le virtù di quell'approccio incrementale e pragmatico[503] che ha caratterizzato l'integrazione europea sin dalle sue origini, come del resto avvenuto a seguito della fallita entrata in vigore del Trattato che doveva istituire *una Costituzione per l'Europa*.

2. Il fondo SURE ed il ruolo della Banca europea degli investimenti (BEI).

SURE (dalla lingua inglese *Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency*) è uno strumento, annunciato il 02 aprile 2020, contro la disoccupazione determinata dall'emergenza sanitaria causata dal *Covid-19*. La sua funzione è, dunque, quella di essere destinato a sostegno di altri mezzi quali ad esempio la cassa integrazione. Il fondo dispone di circa 100 miliardi di euro, erogati come prestiti a rate e garantiti da tutti gli Stati membri. Con supporto finanziario di durata limitata nel tempo, si intende distinguere SURE dal Fondo di solidarietà dell'Unione europea (FSUE) (regolamento (CE) n. 2012/2002). La rapidità della procedura di assistenza finanziaria agli Stati membri è definita nell'articolo 6 del regolamento UE n. 672/2020 e si sviluppa in cinque passaggi: richiesta, valutazione, proposta, approvazione ed erogazione. Lo strumento SURE è complementare agli sforzi nazionali e non sostitutivo, poiché integra le misure adottate dagli Stati membri, fornendo assistenza finanziaria per far fronte all'aumento repentino e severo della spesa pubblica effettiva e anche programmata, destinata ad attenuare gli effetti negativi diretti delle circostanze eccezionali causate dalla pandemia. L'attuazione dello SURE dovrebbe consentire all'Unione di rispondere alla crisi sul mercato del lavoro in modo coordinato, rapido ed efficace e in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, attenuando così l'impatto per le persone e i settori economici più colpiti e mitigando gli effetti diretti di questa situazione eccezionale sulla spesa pubblica. Tuttavia, al di là della capacità finanziaria del fondo, che potrebbe non essere sufficiente per rispondere alla emergenza, esso si basa, ai sensi dell'art. 7 del regolamento UE n. 672/2020, su prestiti (i soldi saranno raccolti dalla

[502] Sulla crisi come elemento caratterizzante l'Unione Europea si rinvia a L. Torchia, *In crisi per sempre? L'Europa fra ideali e realtà*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., n. 3/2016, p. 617 e S. Cassese, *L'Europa vive di crisi*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., n. 3/2016, p. 785.
[503] Cfr. E. Olivito e G. Repetto, *Perché pensare la crisi dell'Unione Europea in termini di conflitti costituzionali, in www.costituzionalismo.it*, n. 3/2016, p. 5.

Commissione sui mercati finanziari) i quali dovranno poi essere rimborsati con una metodologia simile a quella dell'*ex* fondo *salva Stati*.

Quanto, invece, al ruolo svolto dalla Banca Europea degli investimenti (BEI)[504], che eroga somme a favore delle imprese raccogliendo capitali sul mercato finanziario, sono previsti interventi per 200 miliardi di euro soprattutto per le Pmi. Il fatto è che, per raccogliere questa somma attraverso obbligazioni emesse a leva dalla BEI, si dovrà preliminarmente costituire un *Pan European guarantee Fund*. In pratica, visto che l'attuale capitale della BEI, versato dai singoli Stati membri, non è sufficiente a garantire i mercati per nuove emissioni, con la stravagante denominazione di *Fondo di Garanzia* si sottende un impegno degli Stati di farsi carico di queste risorse iniziali. Non con versamenti, ma con la garanzia di onorare questo impegno.

3. segue: il MES *senza condizionalità*.

Tra gli strumenti per fronteggiare la crisi economica, che ha colpito l'eurozona a seguito della rapida diffusione del *virus*, si è vista esservi la possibilità di attivazione del MES "senza condizionalità"[505]. Nonostante i dubbi sollevati se l'accordo raggiunto in occasione dell'Eurogruppo dell'08 maggio 2020 consenta agli Stati di aggirare la "*rigorosa condizionalità*"[506] prevista dall'articolo 136, paragrafo 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)[507], resta il fatto che le condizioni a cui è soggetta l'assistenza finanziaria possono essere modificate unilateralmente dalle istituzioni europee. Se, dunque,

[504] Sul ruolo della BEI R. Adam e A. Tizzano, *Manuale di Diritto dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 106-107.

[505] Per una lettura critica A. Mangia, *Del MES, delle sue condizionalità e delle discipline in deroga. Cosa succede quando il diritto delle crisi d'impresa viene applicato ai rapporti intergovernativi*, in *www.dirittobancario.it*, 30 aprile 2020.

[506] Cfr. F. Losurdo, *Lo Stato sociale condizionato. Stabilità e crescita nell'ordinamento costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 48 e ss. Evidenziano la novità di questo principio nella nuova *governance* economica europea A. Giovanelli, *Vincoli europei e decisioni di bilancio*, in *Quad. cost.*, n. 3/2013, p. 933 e ss.; C. Caruso, *Vincoli di bilancio e dinamica federale europea: itinerari di una comparazione*, in *Forum Quad. cost.*, 14 luglio 2015 e P. Bilancia, *Il governo dell'economia tra Stati e processi di integrazione europea*, in *Rivista A.I.C.*, n. 3/2014.

[507] Alla condizionalità *debole* che l'Unione Europea si era abituata ad imporre a Stati terzi per ragioni umanitarie e nell'ambito del processo di allargamento è subentrata, nel corso della crisi dei debiti sovrani, una condizionalità "forte" idonea a determinare una cessione radicale di sovranità politica degli Stati assistiti come nel caso della Grecia: sul punto S. Angioi, *Il principio di condizionalità e la politica mediterranea dell'Unione Europea*, Napoli, ESI, 2006.

attraverso qualche sforzo interpretativo, si può ritenere che il vincolo di destinazione alle spese sanitarie soddisfi il requisito della *condizionalità rigorosa* richiesta dal Trattato MES[508] (artt. 3 e 12, oltre che il già citato art. 136, paragrafo 3, del TFUE), ben più difficile è sfuggire alla disciplina delle linee di credito precauzionali. Queste stabiliscono che, una volta attinte le risorse, lo Stato membro sia soggetto a sorveglianza rafforzata da parte della Commissione e della Banca Centrale Europea (BCE) (artt. 2, paragrafo 3, e 3 del regolamento UE n. 472/2013). La sorveglianza rafforzata prevede missioni di verifica periodiche da parte delle stesse istituzioni e, se il quadro economico e finanziario dello stato in questione dovesse deteriorarsi, il Consiglio potrebbe raccomandare l'adozione di un programma di aggiustamento macroeconomico (art. 3, paragrafo 7). Insomma, non serve essere troppo prevenuti per capire che, in un contesto complessivo di difficoltà finanziarie come quello che si sta gradualmente delineando, non appena le regole fiscali europee saranno riattivate il margine di manovra degli Stati diverrà estremamente ridotto, cosicché per essi sarà estremamente difficile non finire sotto un programma di aggiustamento macroeconomico[509]. Ogni Stato, pertanto, che ricorre al MES vede diminuita la possibilità di un recupero della propria sovranità monetaria anche qualora decidesse di lasciare l'eurozona, dato che in tal caso affronterebbe una montagna di debito in valuta estera senza la possibilità di rinominarla in futuro. Infine, c'è la questione della limitatezza delle risorse complessive del MES, ossia 540 miliardi di euro, per assicurare il rifinanziamento del debito pubblico italiano, per non parlare di quello dell'intera eurozona. Il risultato, dunque, è che, in un secondo momento, al fine di garantire la solvibilità dell'Italia e metterla al riparo dalla speculazione, si paventerebbe senz'altro la necessità di un intervento diretto della BCE sui mercati dei titoli sovrani italiani. Tuttavia, in base alle regole attuali, un intervento mirato e illimitato della BCE a favore di singoli Paesi attraverso il programma OMT (*Outright Monetary Transactions*) è sottoposto anch'esso a rigorose condizionalità e dunque rappresenterebbe un'ulteriore arma nelle mani dei creditori per imporre una stretta ai Paesi debitori, o comunque aprirebbe un nuovo fronte politico, esponendo nel frattempo l'Italia alla furia degli speculatori.

[508] Reso esecutivo con la legge ordinaria dello Stato 23 luglio 2012, n. 116. In G.U. n. 175 del 28 luglio 2012.
[509] M. Dani - A. J. Menéndez, *Soft-conditionality through soft-law: le insidie nascoste del Pandemic Crisis Support*, in *www.lacostituzione.info*, 10 maggio 2020.

4. segue: Il *Recovery Fund*.

Il *Recovery Fund*[510] è l'altro strumento *innovativo* deciso dall'Eurogruppo dell'08 maggio 2020. Si tratta di un fondo garantito dal bilancio a lungo termine dell'Unione europea (2021-2027). Emetterà dei titoli (c.d. *recovery bond*) sui mercati, dopodiché distribuirà i soldi raccolti agli Stati membri. Questi verranno poi utilizzati per finanziare la ripresa delle economie europee. Secondo le previsioni del Fondo monetario internazionale, infatti, nel 2020 il PIL della zona euro calerà del 7,5% a causa della pandemia causata dal *Covid-19*. In data 27 maggio 2020 il Presidente della Commissione europea, Ursula von der Leyen, ha presentato il nuovo strumento con una dotazione di 750 miliardi di euro. È agganciato, come previsto, al bilancio dell'Unione Europea 2021-2027. All'Italia, in particolare, spetteranno 172,7 miliardi dei quali 81,807 a fondo perduto e 90,938 come prestiti. Il *Recovery Fund*, ribattezzato *Next Generation Eu*, è articolato in diversi strumenti. Quello per aiutare la ripresa economica degli Stati prende il nome di *Recovery and Resilience Facility*. Esso prevede un sostegno finanziario per investimenti e riforme volte a rendere le economie dei Paesi Ue più resilienti e preparate al futuro. Ha un *budget* di 560 miliardi tra prestiti (250) e trasferimenti (310). Per accedere a questi fondi, però, i Governi devono presentare dei Piani nazionali di ripresa in linea con gli obiettivi del Semestre europeo (quindi con le raccomandazioni specifiche[511] per Paese elaborate dalla Commissione), con i piani energia e clima e i programmi Ue.

[510] Cfr. A. Geroni, *Consiglio UE deludente. Recovery Fund, accordo soltanto sul nome della cosa*, in *Il Sole 24 Ore*, 24 aprile 2020. Si veda, inoltre, M. Tessa, *Recovery Fund: che cos'è e come funzionerà*, in *Wall Street Italia*, 24 aprile 2020. Recentemente R. Samperi, *Recovery Fund e altre misure: la risposta dell'Unione Europea alla crisi economica da Coronavirus*, in *Camminodiritto.it*, n. 4/2020.

[511] Investire quanto serve in linea con la sospensione del Patto di Stabilità, rafforzare le infrastrutture sanitarie e rafforzare il coordinamento tra le autorità nazionali e regionali in fatto di Sanità. È il primo punto delle raccomandazioni rivolte all'Italia. Bruxelles raccomanda anche "quando le condizioni economiche lo consentono, di perseguire politiche fiscali che puntino a realizzare posizioni fiscali prudenti nel medio-termine e ad assicurare la sostenibilità del debito, rafforzando al contempo gli investimenti". Seconda raccomandazione riguarda la protezione dei lavoratori: l'Italia "dovrebbe fornire un reddito di sostituzione adeguato e garantire l'accesso alla protezione sociale, in particolare ai lavoratori atipici". Deve mettere in atto gli strumenti che possono mitigare la disoccupazione causata dalla crisi attraverso "accordi di lavoro flessibili e politiche attive per l'impiego". L'Italia è invitata anche a rafforzare l'insegnamento e le competenze a distanza, incluse quelle digitali. Terza raccomandazione per l'Italia: "assicurare l'applicazione delle misure che forniscono liquidità all'economia reale, incluse le Pmi, le aziende innovative e gli autonomi, ed evitare i ritardi nei pagamenti". Vanno promossi gli investimenti per la ripresa, con un *focus* sul green e la digitalizzazione: energie pulite, ricerca e innovazione, trasporti pubblici sostenibili, gestione dei rifiuti, e rafforzamento dell'infrastruttura digitale. Quarta raccomandazione: migliorare l'efficienza del sistema giudiziario e l'efficienza della pubblica amministrazione.

Non mancano le criticità. Non è ancora sopita, infatti, la discussione inerente alle modalità attraverso le quali il Fondo distribuirà i soldi agli Stati. L'Italia, insieme ai Paesi dell'eurozona maggiormente indebitati, premeva per i cosiddetti finanziamenti a fondo perduto, cioè che non dovevano essere restituiti, interessi a parte. La Repubblica federale tedesca, l'Olanda, l'Austria e i Paesi del c.d. blocco del nord erano e rimangono contrari all'idea di un *debito perpetuo* europeo sia pure limitatamente ad un certo importo. Detto diversamente, la partita sul *Recovery Fund* si giocava proprio sul dilemma se monetizzare o mettere a debito il *deficit spending* di taluni Paesi[512].

Non si deve, inoltre, dimenticare che la Commissione, per finanziare il fondo, da un lato propone di aumentare temporaneamente la quota di contributo di ciascuno Stato membro al quadro finanziario pluriennale (QFP) dell'Unione al 2% del rispettivo reddito nazionale (l'Italia è il terzo contributore con il 12% dietro la Francia al 15,5% e la Germania al 20,5%), dall'altro ricorrerà ai mercati finanziari, facendo leva sul proprio *rating* creditizio mediante l'emissione di *bond* Tripla A. Ovviamente gli investitori dovranno essere rimborsati, quota parte per ciascun Paese attraverso i futuri bilanci dell'Unione a partire dal 2028 e, comunque, non oltre il 2058[513]. Pertanto, anche ammesso che i singoli Stati dell'eurozona non saranno chiamati a rimborsare individualmente una parte delle somme ricevute, è altrettanto vero, però, che tutti gli Stati membri saranno chiamati a rimborsare (in base al PIL) il debito comune emesso dalla Commissione. E questo comporterà ovviamente trasferimenti significativi da parte dei maggiori Stati dell'Unione Europea, inclusa l'Italia, attraverso un maggiore prelievo fiscale. Dunque alla fine, come vale oggi per il bilancio europeo, a determinare se un paese ci avrà guadagnato o meno dal *Recovery Fund* sarà il saldo finale tra la somma che avrà ricevuto dal fondo in questione e la somma che invece sarà chiamato a metterci dentro.

5. La *apparente* sospensione del Patto di stabilità e crescita.

Il principale insieme di regole che costituiscono la *governance* europea è costituito dal

[512] Così O. Chessa, *Il Ricovery Fund: ovvero, come l'Eurozona può schivare il divieto di monetizzare il disavanzo di bilancio*, in *www.lacostituzione.info*, 26 aprile 2020.
[513] Cfr. L. Chiarello, *All'Italia un presente da 26 mld. È il saldo tra quanto Roma avrà e quanto restituirà all'Ue*, in *Italia Oggi*, 28 maggio 2020, p. 33.

Patto di stabilità e crescita (PSC)[514], approvato dal Consiglio europeo di Amsterdam del 16 e 17 giugno 1997 al fine di rendere più cogente la disciplina di bilancio degli Stati membri dell'Unione, con riguardo, in particolare, al rispetto delle soglie del 3 per e del 60 per cento del PIL, rispettivamente per l'indebitamento netto e per il debito delle Pubbliche amministrazioni, fissate dal Protocollo sui disavanzi eccessivi annesso al Trattato di Maastricht[515]. Il Patto risulta costituito dalla risoluzione del Consiglio europeo del 17 giugno 1997 (97/C 236/01), dai due regolamenti n. 1466 e n. 1467 del 1997, relativi rispettivamente al rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio ed alle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi, nonché dal Codice di condotta.

Il Patto è stato oggetto di un primo intervento di modifica nel 2005[516] ad opera dei due regolamenti CE n. 1055 e n. 1056 di tale anno, con i quali, fermi restando i due parametri quantitativi del Protocollo sopradetto, sono stati ridefiniti gli obiettivi di finanza pubblica a medio termine, prevedendo la possibilità di percorsi di avvicinamento differenziati per i singoli Stati membri, al fine di tener conto delle diversità delle posizioni di bilancio, degli sviluppi sul piano economico e della sostenibilità finanziaria delle finanze pubbliche degli Stati medesimi. Per effetto di tali modifiche si è previsto che gli Stati membri, nell'ambito dell'aggiornamento dei rispettivi programmi di stabilità, presentino un obiettivo di medio termine (OMT)**,** concordato in sede europea e definito sulla base del potenziale di crescita dell'economia e del rapporto debito/PIL. Esso consiste in un livello di indebitamento netto strutturale (corretto, cioè, per il ciclo e al netto delle misure temporanee e *una tantum*) che può divergere dal requisito di un saldo prossimo al pareggio o in attivo, ma che deve essere tale da garantire, in presenza di normali fluttuazioni cicliche, un adeguato margine di sicurezza rispetto alla soglia del 3 per cento ed un ritmo di avvicinamento certo ad una situazione di sostenibilità delle finanze pubbliche.

---

[514] Per un inquadramento generale del PSC cfr. G. Della Cananea, *Il patto di stabilità e le finanze pubbliche nazionali,* in *Riv. dir. finan. e sc. finan*, n. 4/2001, p. 559 e ss.; G. L. Tosato, *I vincoli europei sulle politiche di bilancio*, in *Studi sull'integrazione europea*, nn. 2-3/2012, p. 257 e ss.; M. Brunazzo e V. Della Sala, *La politica dell'Unione Europea*, Milano, Mondadori, 2019, pp. 214-225;

[515] Reso esecutivo dalla legge ordinaria dello Stato 03 novembre 1992, n. 454. In G.U. n. 277 del 24 novembre 1992. Suppl. ord. n. 126.

[516] Cfr. R. Perez, *Il nuovo patto di stabilità e crescita*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 7/2005, 777 e ss. e R. Arrigoni, *La riforma del patto di stabilità e crescita, quali prospettive per l'Italia*, in *Riv. amm. Repubbl. ital.*, n. 8/2005, p. 765.

Tale assetto è stato oggetto di una significativa revisione[517] a seguito della grave recessione finanziaria ed economica che ha investito l'economia mondiale a partire dal 2009**,** ed ha portato sull'orlo di una crisi di sostenibilità alcuni Paesi europei tale da dar luogo alla creazione di un Fondo di intervento, l'*ex* Fondo *salva Stati* divenuto dal 01 luglio 2012 MES[518], per il sostegno a possibili situazioni critiche dei debiti sovrani, quali quello greco. Ciò ha condotto la Commissione alla presentazione nell'ottobre 2010 di un pacchetto di sei proposte legislative, poi approvate nel corso del 2011 e denominate come *six pack***,** e consistenti: in due regolamenti (n. 1174 ed n. 1176 del 2011) volti alla creazione di una sorveglianza macroeconomica, per la prevenzione e correzione degli squilibri; in tre regolamenti (n. 1173, n. 1175 ed n. 1177 del 2011) finalizzati ad una più rigorosa applicazione del Patto di stabilità e crescita; in una direttiva (2011/85) sui contenuti e sulle procedure di bilancio per gli Stati membri.

A tale quadro si è aggiunto il Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la *governance* nella UEM (Unione economica monetaria), cosiddetto *Fiscal compact*[519]*,* concordato al di fuori della cornice giuridica dei Trattati UE (è stato infatti oggetto di apposita ratifica da parte dell'Italia con legge ordinaria dello Stato n. 114/2012), che incorpora in un insieme unitario alcune delle regole e delle procedure di coordinamento già presenti o in via di introduzione nel Patto di stabilità e crescita ed integra le stesse con nuove prescrizioni, tra cui il principio del pareggio del bilancio, impegnando le parti contraenti a recepirle nelle legislazioni nazionali, con norme preferibilmente di rango costituzionale. In tal senso ha operato l'Italia, con la legge costituzionale 20 aprile 2012[520], n. 1[521] e con la legge di attuazione 24 dicembre 2012, n. 243[522], che hanno affermato i principi e le regole del Trattato, declinandoli in termini di vincoli ed obietti per le pubbliche amministrazioni e per livelli di governo. Le

[517] Cfr., sulle implicazioni delle nuove regole di *governance* economica sul sistema democratico, G. Guerra, *Governance economica europea e principio democratico: alcuni aspetti problematici*, in *Federalismi.it*, n. 1/2019, p. 1 e ss.

[518] Per uno studio esaustivo sul MES e sulle sue implicazioni A. Vettorel, *The European Stability Mechanism: Human Rights Concerns Without Responsibilities?*, in *Perspectives on Federalism*, vol. 7/2015, p. 143 e ss.

[519] Cfr. G. L. Tosato, *Il fiscal compact*, in G. Amato – R. Gualtieri (a cura di), *Prove di Europa unita*, Firenze, Passigli Editore, 2013, p. 27 e ss.

[520] Cfr. R. Dickman, *Le regole della governance economica europea e il pareggio di bilancio in Costituzione*, in *Federalismi.it*, n. 4/2012, p. 1 e ss.; D. Morgante, *Note in tema di "Fiscal Compact"*, in *Federalismi.it*, n. 7/2012, p. 1 e ss.; G. Pitruzzella, *Austerità finanziaria versus crescita economica nel dibattito sull'Eurosistema*, in *Quad. cost.*, n. 2/2012, pp. 427-431 e F. Fabbrini, *Il Fiscal Compact: un primo commento*, in *Quad. cost.*, n. 2/2012, pp. 434-438.

[521] In G.U. n. 95 del 23 aprile 2012. Sul rapporto tra Stato costituzionale e pareggio di bilancio A. Morrone, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014, p. 1 e ss.

[522] In G.U. n. 12 del 15 gennaio 2013.

modifiche arrecate dal *six pack* e le ulteriori disposizioni contenute nel *Fiscal compact* hanno confermato l'impianto e la funzione del Patto di stabilità come strumento fondamentale per la disciplina fiscale, ispirato al principio guida delle finanze pubbliche sane, rafforzandone e meglio implementandone le regole poste a presidio del principio del pareggio di bilancio e della sostenibilità del debito. Esso, integrato dal *Fiscal compact,* definisce ora i parametri di riferimento delle regole di bilancio che guidano le politiche degli Stati membri e fornisce i principali strumenti per la sorveglianza delle politiche stesse (c.d. braccio preventivo) e per la correzione dei disavanzi eccessivi (c.d. braccio correttivo). La disciplina complessiva di *policy* e di bilancio che risulta da tale quadro prevede, nel suo insieme, che gli obiettivi di saldo debbano essere compresi in una forcella stabilita tra un deficit (in termini strutturali) dello 0,5 per cento del PIL (-1 per cento per i paesi nei quali il rapporto debito/PIL sia significativamente inferiore al 60 per cento e i rischi di sostenibilità siano bassi) e il pareggio o l'attivo; regole specifiche sono, inoltre, previste per la riduzione del rapporto debito/PIL verso il parametro del 60 per cento indicato dal Protocollo, secondo quanto contenuto nella regola del debito.

A seguito dello scoppio della pandemia, l'Unione Europea decide, per la prima volta, di attivare la «*general escape clause*», cioè la clausola generale di *fuga* dal Patto di stabilità sulla quale si fonda la sua sospensione[523]. Il Patto, come si è visto, riguarda il controllo preventivo sulla disciplina di bilancio dei Paesi dell'eurozona, ovvero le procedure volte a impedire che i livelli di spesa pubblica comportino una deviazione significativa dagli obiettivi di rientro dal deficit. Ora, l' art. 9 del regolamento CE 7 luglio 1997 n. 1466, come modificato dal regolamento UE 8 novembre 2011, n. 1177, stabilisce che «la deviazione può non essere considerata significativa» e, dunque, non comporta un intervento repressivo, «qualora sia determinata da un evento inconsueto che non sia soggetto al controllo dello Stato membro interessato e che abbia rilevanti ripercussioni sulla situazione finanziaria generale dello Stato membro, o in caso di grave recessione economica della zona Euro o dell'intera Unione». Tutto ciò, però, non comporta però la sospensione del Patto, dal momento che la sua filosofia di fondo deve essere rispettata. Lo si dice a chiare lettere nella disposizione appena citata, che ammette deviazioni rispetto alla disciplina di bilancio solo «a condizione che la sostenibilità di bilancio a medio termine non ne risulti

[523] Si veda il testo della Dichiarazione dei ministri delle Finanze dell'UE sul Patto di stabilità e crescita alla luce della crisi della *Covid-19* in *www.consilium.europa.eu*.

compromessa». E proprio questo è stato ribadito con veemenza dalla Commissione europea la quale ha voluto precisare come l'applicazione della clausola di fuga dal Patto di stabilità non debba mettere a repentaglio la sostenibilità di bilancio[524]. In altri termini, la clausola di salvaguardia generale non sospende evidentemente le procedure del Patto, ma ha permesso alla Commissione europea e al Consiglio di assumere le misure necessarie di coordinamento nel quadro del Patto medesimo con la conseguenza che, vista la natura asimmetrica dell'unione economica monetaria della zona euro così come attualmente strutturata, risultano profondamente divergenti le capacità economico-finanziarie di cui ciascun Governo nazionale è dotato per far fronte alla crisi.

6. Gli strumenti economico-finanziari dell'Unione: verso un rafforzamento dell'ordine neoliberista. Le ripercussioni sulla forma di Stato in assenza di revisioni costituzionali e l'incremento del divario tra i Paesi membri dell'UE.

L'analisi sommaria degli strumenti, che l'Unione Europea ha messo in campo, dimostra che questi si caratterizzano per il fatto di avere come base il finanziamento di fondi alimentati dagli Stati membri e, quindi, mediante il ricorso al mercato. L'idea della monetizzazione del debito quale strumento di politica macroeconomica, con un diverso ruolo assegnato alla Banca centrale europea, non è stato neppure preso in considerazione. L'ordinamento comunitario, è stato acutamente osservato, rimane legato ad una visione della moneta quale *bene scarso*. Il compito della BCE (cui è riservato il potere di creare moneta) resta quello di adeguare convenientemente la quantità di moneta disponibile (c.d. *teoria quantitativa della moneta*) al valore complessivo della ricchezza prodotta, senza, però, che la creazione di moneta abbia da svolgere alcun ruolo in vista della creazione/accrescimento di tale ricchezza. Secondo questa lettura, infatti, un eccesso di moneta determinerebbe solo un suo deprezzamento (un calo della sua capacità di rappresentare e mediare il valore), con conseguente aumento dell'inflazione. Così che la sola missione della politica monetaria è appunto individuata, entro dette coordinate teoriche, nel mantenimento della stabilità dei prezzi, cioè, nella conservazione del valore della moneta, della sua capacità di rispecchiare in modo stabile il valore della ricchezza

[524] A. Somma, *Il coronavirus e la bufala dell'Europa che cambia*, in *micromegaonline*, 24 marzo 2020.

disponibile. Ed in effetti, se si vanno a guardare i Trattati vigenti dell'Unione si può agilmente verificare che la stabilità dei prezzi costituisce il primario obiettivo della sua politica monetaria e di cambio. Secondo l'art. 119, paragrafo 2, del TFUE, la politica economica dell'Unione e degli Stati membri «comprende una moneta unica, l'euro, nonché la definizione e la conduzione di una politica monetaria e di una politica del cambio uniche, che abbiano l'obiettivo principale di mantenere la stabilità dei prezzi». Di conseguenza, alla Banca centrale europea è formalmente vietato qualsiasi intervento di politica monetaria che si configuri come *creazione di moneta* in conseguenza di una iniziativa (e di una esigenza) dei Governi per assicurare loro liquidità e capacità di spesa ulteriori a quelle determinate dalla rispettiva capacità fiscale. Su questo punto i Trattati sono perentori. Secondo l'art. 123 del TFUE, infatti, «sono vietati la concessione di scoperti di conto o qualsiasi altra forma di facilitazione creditizia, da parte della Banca centrale europea o da parte delle Banche centrali degli Stati membri, a istituzioni, organi od organismi dell'Unione, alle amministrazioni statali, agli enti regionali, locali o altri enti pubblici, ad altri organismi di diritto pubblico o a imprese pubbliche degli Stati membri, così come l'acquisto diretto presso di essi di titoli di debito da parte della Banca centrale europea o delle banche centrali nazionali»[525]. Pertanto, se i Governi degli Stati membri intendono

[525] Con la crisi economica che sconvolse l'economia mondiale a partire dal 2008, l'eurozona si trovò a fronteggiare fasi di stagnazione economica, caratterizzate da un'inflazione molto bassa, tale da rendere concreto il rischio di deflazione. Nel 2015, la BCE, allora presieduta da Mario Draghi, mise in atto un sistema basato sull'acquisto di titoli degli Stati membri; l'obiettivo fu quello di garantire maggiore liquidità alle banche nazionali, un abbassamento dei tassi di interesse su mutui e prestiti e, conseguentemente, maggiore facilità di accesso al credito per imprese e individui. Alla luce degli effetti economici di tali misure, la legittimità del QE nell'ambito del quadro giuridico europeo, già fortemente dibattuta, fu oggetto di un rinvio pregiudiziale da parte della stessa *BVerfG* alla CGUE. Nel 2017 alcuni cittadini tedeschi, infatti, proposero ricorso avanti la *BVerfG*, contestando la validità della decisione della BCE (UE) 2015/774 e delle successive che ne andarono a più riprese a modificare il contenuto, affermando come queste fossero state adottate fuori dalle competenze previste a favore della BCE, in materia di politica economica dall'art. 119 e dall'art. 127 TFUE, chiedendo poi di chiarire l'interpretazione degli artt. 123 e 125 TFUE. Investiti della questione, i giudici di Lussemburgo hanno confermato la validità della decisione sia sotto il profilo relativo agli obiettivi di politica monetaria perseguiti, ben delineati nei *consideranda* della decisione stessa, sia per quanto concerne il contenuto delle attribuzioni e delle competenze assegnate al Sistema europeo delle Banche Centrali (SEBC): secondo la Corte, infatti, il legislatore europeo, nel definire i compiti e gli obiettivi della BCE, fa riferimento ad un generico obiettivo di «mantenimento della stabilità dei prezzi» (art. 127 TFUE), senza però specificare il contenuto di dette attribuzioni. Sul punto, la CGUE non ha ritenuto che la decisione esulasse da quanto previsto dai Trattati europei: nell'indeterminatezza degli strumenti a disposizione delle istituzioni comunitarie, la "necessità di preservare un margine di sicurezza per prevenire l'eventuale comparsa di un rischio di deflazione" ben giustificava un simile intervento. Particolarmente critico era, però, il profilo relativo agli effetti di tale programma di acquisto. Le misure attuate nell'ambito del QE nascevano sì come misure di politica monetaria, ma avevano effetti diretti sull'economia reale, traducendosi in una maggiore facilità nell'accesso al credito e la conseguente modificazione dei comportamenti di banche, imprese, individui e famiglie. Da questo punto di vista, parrebbe dunque che la decisione sia stata adottata oltre le competenze della BCE, che può intervenire solamente in materia di politica monetaria. La CGUE ha risolto

procurarsi mezzi per sostenere spese al di là delle rispettive capacità fiscali, possono farlo solo ricorrendo alla intermediazione dei mercati finanziari: ciò che rende *giuridicamente illegittima* (nel contesto dell'eurozona) la forma di intervento macroeconomico che attualmente va per la maggiore (altrove) per porre rimedio agli effetti economici della pandemia, ossia la monetizzazione[526].

In altri termini, l'Unione non tradisce la sua *filosofia* neoliberista inaugurata nel 1992 con il Trattato di Maastricht (in vigore dal 01 novembre 1993) e punta, con gli strumenti messi in atto, a favorire massimamente la libertà di mercato. Questa ha comportato un crescente svincolarsi dalle regole, dalla responsabilità e dal funzionamento della stessa economia. In altre parole, la graduale affermazione dell'*ordo* neoliberista ha portato ad annullare la differenza (sulla quale si vedano i contributi di Benedetto Croce[527] e Karl Popper) tra *liberale* e *liberismo*[528]. Infatti, se, nel corso dell'Ottocento, il capitalismo, quale *modo di produzione*, necessitava comunque di regole istituzionali che restavano ad esso estranee ed indipendenti ed il ruolo del Diritto Costituzionale era quello di freno e di limitazione sia del potere politico[529], sia di quello economico[530], viceversa, nella logica neo-liberista, è questa che produce le proprie regole giuridiche[531] e le proprie istituzioni[532].

---

la questione affermando come "una misura di politica monetaria non può essere equiparata ad una misura di politica economica per il solo fatto che essa è suscettibile di produrre effetti indiretti … nel quadro della politica economica" (cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, *Weiss e altri*, causa n. C-493/17, sentenza 11 dicembre 2018). Il *BVerfG, Judgment of the Second Senate of 05 May 2020 – 2 BvR 859/15*, ha concesso 3 mesi alla BCE per dimostrare in modo comprensibile e comprovato che gli obiettivi di politica monetaria perseguiti non sono sproporzionati rispetto agli effetti di politica economica e fiscale che si intendono ottenere. Se tale dimostrazione non intervenisse, per la Corte federale la Bundesbank (che della BCE è la maggior contributrice) non potrebbe più partecipare al PSPP, smettendo di fatto di finanziare l'acquisto di titoli degli altri Stati. Per i primi commenti L. F. Pace, *Il BVerG e la sentenza sul programma PSPP: "c'è della logica in questa follia"? Il prevedibile "rientro" della "crisi istituzionale" annunciata nella sentenza (provvisoria) del 5 maggio 2020*, in *Federalismi.it*, n. 16/2020, pp. 299-309.

[526] B. Ponti, *I paradigmi macro-economici dell'Unione Europea alla prova della pandemia*, in *www.lacostituzione.info*, 29 aprile 2020.

[527] Cfr. B. Croce e L. Einaudi, *Liberismo e liberalismo*, P. Solari (a cura di), Milano-Napoli, Riccardo Ricciardi Editore, ed. 1957.

[528] Il liberale, nel pensiero popperiano, è un liberista, ritiene cioè che libertà politica e libertà economica non siano separabili. Per una narrazione del neoliberalismo quale movimento volto a liberare dalla società il mercato inteso come fatto naturale si rinvia al K. Polany, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, Bologna, Piccola Biblioteca Einaudi, 2010.

[529] In questo senso si veda F. Lanchester, *Il profumo del costituzionalismo*, in *Nomos*, n. 2/2018, p. 3.

[530] Così J. R. Commons, *I fondamenti giuridici del capitalismo*, Bologna, il Mulino, 1982.

[531] Il rapporto deficit/Pil che non può sforare il 3% e quello debito/PIL entro il 60% secondo i parametri fissati a Maastricht nel 1992 o il *Fiscal Compact* che ha portato alla legge costituzionale n. 1/2012 modificativa dell'art. 81 del Testo fondamentale e introduttiva del principio del c.d. equilibrio di bilancio, o le nuove regole di *governace* economica europea adottate in ambito comunitario dopo il 2010 a seguito della crisi dei debiti sovrani degli Stati dell'eurozona.

[532] Aveva intuito questo cambio di prospettiva N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, IV ed., Roma-Bari, Laterza, 2008.

Lo scarto, dunque, che il neoliberismo[533] determina rispetto al passato consiste non solo nel fatto che il giuridico è divenuto oramai un momento dell'economico, ma anche che le strutture politico-istituzionali (sia degli Stati, sia delle organizzazioni sovranazionali come l'Unione Europea)[534] vengono utilizzate dalle *élites*[535] detentrici del potere economico-finanziario quali strumenti per aprire nuovi spazi sociali alla libera concorrenza ed alla *governance* aziendalistico-imprenditoriali**.** Viene meno, dunque, il compito degli ordinamenti statali di rimuovere gli ostacoli di ordine economico-sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona e l'effettiva partecipazione dei lavoratori all'organizzazione politica ed economica del Paese[536] (per parafrasare l'art. 3, comma 2, della Costituzione italiana vigente), poiché loro priorità è ora dare fondamento e copertura giuridica alla libera azione degli attori economici più che operare scelte complessive funzionali ad instaurare un preciso assetto sociale[537] e questo nonostante le specifiche raccomandazioni della Commissione. Tutto ciò non deve affatto sorprendere, in quanto era già stato in qualche modo preconizzato dal capo-scuola della teoria neoliberista, Friedrich August von Hayek (1899-1992), il quale evidenziava come il diritto dovesse e debba semplicemente limitarsi a fornire delle semplici regole di condotta agli operatori economici[538] e pervenendo a ritenere le Costituzioni "superstrutture erette sopra un sistema preesistente di norme"[539].

Alla luce di queste premesse, riesce facilmente comprensibile osservare come le leggi di bilancio[540], sottoposte ad un pressante controllo preventivo da parte della Commissione europea, lungi dall'essere la cartina di tornasole degli equilibri tra Governo e Parlamento, siano divenute il luogo ideale in cui lo Stato costituzionale ha iniziato *carsicamente* a

[533] Cfr. M. Lazzarato, *Il governo dell'uomo indebitato. Saggio sulla condizione neoliberista*, Roma, DeriveApprodi, 2013.

[534] Basti vedere il ruolo preponderante, assunto durante la crisi, dall'Eurogruppo al quale, in mancanza di modifiche dei Trattati, è stato attribuito un potere di negoziato molto forte, riducendo il ruolo della Commissione europea a struttura di regolamentazione (pletorica) e a cinghia di trasmissione. In questo senso è condivisibile la critica del filosofo tedesco Habermas quando parla di "*postdemokratischer Exekutiv–föderalismus*": cfr. É. Balibar, *Crisi e fine dell'Europa*, Torino, Bollati Boringhieri, 2016, p. 258.

[535] Sul concetto di *élites* quali "ambiti di eccellenza" cfr. F. Patroni Griffi, *Élite e partiti politici in Europa: à la recherche di una classe dirigente tra crisi e nuovi modelli di democrazia e di integrazione europea*, in *Federalismi.it*, n. 16/2018, p. 1 e ss.

[536] Cfr. M. Lazzarato, *Il governo delle disuguaglianze. Critica dell'insicurezza neoliberista*, Verona, Ombre Corte, 2013.

[537] Sul punto B. Caravita Di Toritto, *La grande sfida dell'Unione Europea tra prospettive di rilancio e ombre di declino*, in *Federalismi.it*, n. 1/2012.

[538] Si veda F. A. Von Hayek, *Legge, legislazione e libertà. Critica dell'economia pianificata*, A. Petroni – S. Monti Bragadin (a cura di), Milano, 2010, p. 137.

[539] Cfr. F. A. Von Hayek, cit., p. 137.

[540] Cfr. M. Laze, *La natura giuridica della legge di bilancio: una questione ancora attuale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, p. 1 e ss.

cambiare pelle, passando silenziosamente da sociale[541] a neo-liberale[542] ove il confine tra spazio pubblico e spazio privato si riduce pericolosamente fino quasi a scomparire[543]: ogni riduzione del PIL costringe le istituzioni statali a ridurre la spesa per servizi ed investimenti, poiché costrette a stanziare maggiori risorse economiche per il risanamento del proprio debito pubblico, sia per rispetto dei vincoli comunitari, sia per assicurare la fiducia dei mercati che, a loro volta, finanziano il *deficit* sovrano acquistando titoli del debito pubblico. In altri termini, un circolo vizioso mortale.

La concezione di Stato che ne esce, lo scrivono bene due filosofi francesi, *Pierre Dardot* e *Christian Laval*, non è più quella di un'entità esogena all'ordine commerciale, ma di una realtà deterritorializzata e completamente integrata nello spazio degli scambi, nel sistema di interdipendenza degli agenti economici[544]. Inevitabilmente, questo mutamento di prospettiva comporta ripercussioni anche sul piano antropologico, mediante la creazione di una sorta di *cittadino neo-liberale*, che assume sempre più le fattezze dell'*homo oeconomicus* piuttosto che dell'*homo juridicus*, ovvero dell'*homo dignus*. Il primo è una figura eterogenea, integrata al sistema economico globale attraverso una moltiplicazione spontanea dei propri interessi, mentre il secondo è, per dirla con Aristotele, *l'animale politico*, parte integrante e attiva della propria comunità nazionale. Il *Government by Party*, ossia *il governo dei partiti*, che fu definita la più realistica definizione della forma di governo dello Stato contemporaneo[545], è oramai una realtà politico-istituzionale che opera in seconda (o terza) battuta, entro argini piuttosto stretti. Il problema, dunque, è il *quantum* di democrazia permanga "nel grado di stabilità raggiunto da certi tratti caratteristici del

[541] L'evoluzione verso lo Stato di democrazia pluralista (prima) e lo Stato sociale (poi) ha generato un mutamento della natura stessa della legge che si è piegata alle esigenze dei vari attori sociali che nel corso del tempo hanno preteso norme maggiormente incisive e innovative politiche nella redistribuzione della ricchezza: a riguardo si rimanda al corposo lavoro monografico di L. Di Majo, *La qualità della legislazione tra regole e garanzie*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, p. 55.

[542] Così A. Ciervo, *Il neo-liberismo e la crisi dello Stato costituzionale*, in C. Amirante (a cura di), *La Costituzione italiana: riforme o stravolgimento?*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 89.

[543] Cfr. A. Mastromarino, *La Repubblica d'Europa*, in Aa.Vv., *La Repubblica d'Europa. Oltre gli Stati nazione*, Torino, add Editore, 2019, 69.

[544] Cfr. P. Dardot e C. Laval, *La nouvelle raison de monde. Essai sur la société néolibérale*, Paris, 2009, 387. In base agli artt. 2 e 3 della Costituzione italiana viene delineato uno Stato pronto ad andare ben oltre la fissazione di regole e ad assumersi le sue responsabilità anche come Stato imprenditore (basti pensare all'art. 43 ed al mondo delle imprese pubbliche). Un ordinamento posto tra lo Stato imprenditore e lo Stato del *laissez faire* liberista o neo liberista: A. Lucarelli, *Le radici dell'Unione Europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Dir. pubb. eur. Rassegna on line* numero speciale, n. 1/2019, p. 14.

[545] Cfr. V. G. Quadri, *Diritto Pubblico dell'Economia*, Padova, Cedam, 1980, p. 139.

sistema"[546]. C'è, dunque, uno scostamento della Costituzione materiale[547] da quella formale, quale effetto della globalizzazione[548], anche se la costituzionalizzazione del principio dell'equilibrio di bilancio, a seguito dell'entrata in vigore della legge costituzionale n. 1/2012, contribuirebbe a limitarne il divario.

In questo modo, l'ordinamento comunitario ha condotto e conduce gli Stati dell'eurozona a modificare la loro forma di Stato sociale in assenza di espresse revisioni delle rispettive Costituzioni ai sensi dell'art. 138. In nome della credibilità dello Stato sul mercato e delle necessità di essere attrattivo per gli investitori, soprattutto in vista dei nuovi strumenti messi in campo dall'UE, esso è venuto e viene meno ad uno dei suoi compiti fondamentali, insiti nello stesso patto costituzionale: garantire i diritti sociali e redistribuire la ricchezza, evitando diseguaglianze che precludono una concreta ed effettiva partecipazione dei cittadini alla vita democratica del Paese. Il neoliberismo, dunque, quale ideologia politica che informa le scelte comunitarie, riduce prepotentemente l'influenza dello Stato sull'economia, lasciando che le forze del mercato, guidate dalle sole regole della concorrenza, disciplinino l'equilibrio del sistema economico, comportando al contempo una *decostruzione* dell'ordinamento dei singoli Stati[549] e l'impossibilità, da parte della stessa UE, di porre le premesse per un modello sociale che sia anche giuridico-politico alternativo a quello nord-americano[550]. In questo modo, la composizione dell'eguaglianza sostanziale viene meno, in quanto cessa di fatto la sua funzione di autolimite prevista dalla maggioranza costituente, ma gravante sulla maggioranza governante e consistente nell'assumere, quale interesse generale, quello della parte economicamente e socialmente più debole[551]. È evidente come questo nuovo schema ideologico tenda a deprimere il tratto

[546] Con lungimiranza L. Elia, voce *Forme di governo*, in *Enc. dir*., XIX, Milano, Giuffré, 1970, p. 639.
[547] Cfr. C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1940.
[548] L'osservazione è di G. Comazzetto, *Costituzione, Economia, Finanza. Appunti sul Diritto Costituzionale della crisi*, in *Rivista AIC*., n. 4/2019, p. 3. Ritiene che la globalizzazione abbia consentito a grandi masse di persone di uscire dalla povertà, riducendo la disuguaglianza nel mondo nel suo complesso, anche se, come ricordato e come risulta dagli studi di Bourguignon e Milanovic, essa determina un "paradosso della disuguaglianza" per cui aumenta all'interno dei singoli Paesi C. Crouch, *Identità perdute. Globalizzazione e nazionalismo*, Bari, Laterza, 2019, p. 1 e ss.
[549] All'obiezione secondo la quale gli Stati nazionali, in quanto attori del processo di integrazione, lo hanno sempre arrestato quando si trattava di toccare il nucleo forte della sovranità (il fisco, l'esercito etc.…), va replicato che il mutamento della finalità degli ordinamenti statali rende oggi difficile svolgere quella funzione di freno. La critica è mossa da A. Cavalli, *Postpolitica dell'Unione europea. Europa a due velocità*, in *www.rivistailmulino.it*, 28 febbraio 2018.
[550] È questo l'auspicio di A Spadaro, *Dai diritti "individuali" ai doveri "globali"*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2005, p. 27.
[551] In questo senso M. P. Gorlero, *Il patto costituzionale*, Padova, Cedam, 2009, p. 83.

peculiare dei nessi storici che hanno un alto valore simbolico ed una speciale intensità affettiva, quali la tradizione, la cultura, la famiglia, la religione, per parificarli in una indistinta appartenenza umana[552].

In una logica di prevalenza del mercato[553] e di iper-globalizzazione sempre più contenziosa[554], che permea dal di dentro le stesse istituzioni comunitarie, quale dovrebbe essere allora la risposta *istituzionale*[555] europea alla globalizzazione e ai nazionalismi?[556] In mancanza di capacità, da parte dell'Unione Europea, di imporsi ed essere accettata superiore agli Stati, essa resta uno *Staattenverbund*, ossia un'unione di Stati in cui quest'ultimi rimangono, benché fortemente condizionati dalle logiche economico-finanziarie, i *padroni dei Trattati* e, quindi, liberi di interpretare in senso più o meno stringente e vincolante la portata dell'art. 11[557] della Costituzione[558], ragion per cui

[552] Il "mito" della "unità nella diversità" dovrebbe ruotare attorno a principi comuni quali la persona umana e la sua dignità, l'eguaglianza, la fratellanza: così N. Occhiocupo, *Costituzione, persona umana, mercato concorrenziale*, in *Rivista AIC*, 02 luglio 2010, p. 1 e ss. Tuttavia, questi principi rimangono sempre ancorati ad una prospettiva giuspositivistica che non si interroga circa il loro fondamento.

[553] La stessa Corte di Giustizia delle allora Comunità europee (*Adbhu*, causa C-240/83, sentenza 07 febbraio 1985) ha elevato le libertà del mercato allo stesso rango dei diritti fondamentali tradizionali. Sul punto R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, Franco Angeli, 2018, pp. 81-86.

[554] Così D. Rodrik, *Populism and the Economics of Globalization*, in *Journal of International Business Policy*, 2018. Il concetto è stato poi ripreso da M. Mastaganis, *Il futuro dell'Europa sociale*, in *il Mulino*, n. 1/2018, pp. 165-166.

[555] Un aspetto particolarmente interessante concerne anche il rapporto tra la forma di Governo e l'integrazione sovranazionale. Esso può essere analizzato da un particolare angolo visuale, che prende in considerazione quella che viene definita come la fuga dalla responsabilità politica. In questa prospettiva, vengono in rilievo due caratteristiche peculiari dell'ordinamento comunitario: la frammentazione del potere esecutivo e la difficoltà di trapiantare, a livello sovranazionale, gli istituti tipici del controllo parlamentare. Il primo elemento ha come conseguenza l'impossibilità di individuare una chiara responsabilità delle scelte compiute; il secondo la presenza di zone franche, che sfuggono al sindacato delle istituzioni parlamentari: L. Cappuccio, *Forma di governo italiana ed integrazione europea: il progressivo rafforzamento del Governo*, in *DPER on line*, n. 1/2020, p. 12.

[556] Questa tesi è espressa da A. Poggi, *Le dimensioni spaziali dell'"eguaglianza"*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020, p. 349. Sulla rinascita dei nazionalismi si rimanda al volume di V. Castronovo, *L'Europa e la rinascita dei nazionalismi*, Bari, Laterza, 2016.

[557] Cfr. A. Cossiri, *Art. 11 Cost.*, in S. Bartole e R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 2008, pp. 88-99. Ammesso che l'art. 11 della Costituzione spinge nel senso dell'integrazione sovranazionale, non va dimenticato che qualora l'ordinamento dell'Unione Europea, nell'esercizio delle funzioni attribuite, ignorasse i principi fondamentali degli Stati membri in modo da alterarne i connotati politici di base, saremmo di fronte ad un potere costituente comune che sarebbe legittimato unicamente da un consenso generalizzato. Fintanto che tale consenso manca, l'accettazione di violazioni dei principi fondamentali, da parte dell'ordinamento italiano, collocherebbe quest'ultimo in una condizione impari rispetto a quella degli altri Stati membri, in contrasto con lo stesso art. 11: L. Andretto, *Principio costituzionale di apertura internazionale e giudizio di bilanciamento fra principi fondamentali*, in M. P. Gorlero (a cura di), *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, pp. 182-183.

[558] Su questo dibattito in occasione della legge di autorizzazione alla ratifica del Trattato di Maastricht S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, il Mulino, 2004, pp. 307-311.

l'ordinamento comunitario non può godere di una vera e propria sovranità, bensì di una *autonomia decisionale* a sua volta derivata dalla volontà espressa degli Stati membri[559] dai quali soltanto dipende qualunque risposta di tipo istituzionale. Claus Offe, studioso di sociologia politica, ha ben evidenziato la "trappola" in cui il progetto europeo si trova incastrato, ovvero tra ciò cui "l'economia obbliga" a fare e ciò che è "politicamente realizzabile"[560]. Essendo, pertanto, ridotto lo spazio della "realizzabilità politica" l' "autorità dei diritti" è messa in discussione, risultando esposta alle sempre più massicce pressioni modificative e finanche restrittive dei suoi stessi presupposti sociali e soprattutto economici[561].

Con il trionfo del neoliberismo, che ha scardinato l'impianto del compromesso keynesiano con conseguente rinuncia della politica a governare i processi dell'economia e della società[562] e dominio delle leggi apparentemente neutre del mercato, l'Unione Europea ha inseguito sempre di più la logica della finanziarizzazione[563] e, attraverso l'unificazione monetaria, ha posto sullo stesso livello economie differenziate e impossibilitate a stare tra loro sullo stesso piano[564]. Ne consegue che gli strumenti messi in campo dall'ordinamento comunitario se da un lato permettono di raccogliere fondi a tassi d'interesse migliori di quelli che gli Stati otterrebbero muovendosi individualmente, dall'altro si tratta pur sempre

[559] In questo senso L. Melica, *L'Unione incompiuta*, Napoli, Jovene, 2015, pp. 158-160. In merito alla natura giuridica dell'Unione, alcuni autori hanno ritenuto ipotizzabile l'esistenza di una comunità sociale regolata da una "Costituzione" senza la contestuale presenza dello Stato: cfr. D. Grimm, *Una Costituzione per l'Europa*, in G. Zagrebelsky (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 353; P. Häberle, *Dallo Stato nazionale all'Unione Europea: evoluzioni dello Stato costituzionale*, in *Dir. pubbl. comun. eur.*, n. 2/2002, p. 445 e ss.; A. Ruggeri, *"Tradizioni costituzionali comuni" e "controlimiti", tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in *Dir. pubbl. comun. eur.*, n. 1/2003, p. 102 e ss.; R. Toniatti, *Forma di Stato comunitario e principio di sopranazionalità*, in *Dir. pubbl. comun. eur.*, n. 3/2003, pp. 1552 ss.; M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 1995, A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, il Mulino, 2002 e M. Scudiero, *Il Diritto costituzionale comune europeo – Principi e diritti fondamentali*, Napoli, Jovene, 2002. Ritiene, invece, la Costituzione europea emerge nel quadro di un sistema costituzionale multilivello, che è al contempo di diritto scritto e di diritto non scritto, che pure si erge su tradizioni costituzionali comuni e che si va progressivamente realizzando sul piano giurisprudenziale grazie al fondamentale contributo svolto dalla Corte di Giustizia e della "rete" delle Corti costituzionali statali ed europee, sia di Lussemburgo sia, invero, anche di Strasburgo A. Patroni Griffi, *L'Europa e la sovranità condivisa: appunti di un discorso sulle ragioni del Diritto costituzionale europeo*, in *Dir. pubbl. eur. Rassegna on line*, n. 1/2015, p. 104.

[560] C. Offe, *Europa in der Falle*, in *Blätter für deutsche und internationale Politik*, n. 1/2013, pp. 67-80. Sulla Stessa linea J. Habermas, *L'ultima occasione per l'Europa*, Roma, Castelvecchi, 2019, p. 47.

[561] Così A. D'Aloia, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in A. D'Aloia (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, Giuffrè, 2003, XIII.

[562] A. Somma, *Europa a due velocità. Post politica dell'Unione Europea*, Reggio Emilia, Imprimatur, 2017.

[563] Cfr. D. Fusaro e S. Bolognini, *Il nichilismo dell'Unione Europea*, Roma, Armando Editore, 2019, p. 19.

[564] Si veda il saggio critico di J. E. Stiglitz, *Riscrivere l'economia europea. Le regole per il futuro dell'Unione*, Milano, il Saggiatore, 2020.

di prestiti, ovvero di nuovo debito. È vero che il continuo acquisto dei nostri *bond* nazionali da parte della Banca Centrale Europea aiuta, ma un debito che il mercato internazionale giudicasse esagerato porterebbe prima o poi a farli classificare dalle società di *rating* come *spazzatura* con la conseguenza che nemmeno la BCE basterebbe più, da sola, a garantirci la liquidità necessaria al mantenimento del nostro bilancio pubblico. Forse, alla luce di queste considerazioni, il modello *a due velocità* diviene una necessità più che una scelta. Una soluzione che, se da una parte comporta una necessaria comparazione fra interessi divergenti, considerato che qualsivoglia ipotesi di integrazione differenziata postula (e sempre ammesso che l'integrazione possa essere *a geometria variabile*) un necessario raffronto con i principi fondanti dell'ordinamento dell'Unione quali l'unità del diritto, la sua uniformità di applicazione, nonché, il principio di non discriminazione, dall'altra richiede il mutamento della politica monetaria volta a superare la mistificazione della moneta unica (che tale non è essendo un rapporto fisso di cambio) ed a ripristinare il sistema monetario europeo (il famoso SME) nei limiti di una ben definita banda di oscillazione[565], una riconsiderazione delle scelte di liberismo economico senza limiti[566], riequilibrando in senso sociale la sua azione, una presa d'atto che il sistema dei rapporti tra Stati membri e UE è un semplice sistema di delega (provvisoria e con riserva) di competenze rivedibile, non certo di trasferimento definitivo di sovranità[567], aspetto che non toglie comunque la complessa e tendenziale struttura stabile dell'ordinamento comunitario rispetto ad ogni altro fenomeno di organizzazione internazionale. Sarà questo, ad avviso di chi scrive, il nuovo terreno di discussione del Diritto dell'Unione Europea post *Covid-19*

Abstract: Lo scopo del contributo è quello di analizzare gli strumenti introdotti dall'Unione, in occasione del Consiglio europeo del 23 aprile e dell'Eurogruppo dell'08 maggio 2020, funzionali a rispondere alle drammatiche conseguenze economiche, derivanti dalla

[565] Così A. Sinagra, *Sessant'anni di "integrazione europea". Molte ombre e poche luci*, in *Percorsi costituzionali*, n. 372016, p. 326.

[566] Si pensi solo alla sent. n. 14/2004 della Corte cost. nella quale il giudice delle leggi adegua, dal punto di vista del diritto interno, la nozione di concorrenza a quella operante in ambito comunitario con una lettura della clausola dell'utilità sociale di cui all'art. 41 Cost. coincidente con le regole economiche della concorrenza: cfr. F. Salmoni, *Legalità (costituzionale) e forma di Stato: aspetti teorici e profili pratici di due concetti apparentemente in crisi*, in *Riv. dir. cost.*, 2004, pp. 128-129.

[567] Sul punto sempre A. Sinagra, *Rapporti interordinamentali, "sovranazionalità" o delega di competenze nel sistema dei rapporti tra Stati membri e Comunità europea: la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in L. Daniele (a cura di), *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, pp. 415-434.

pandemia causata dalla rapida diffusione del *Covid-19*, che i ventisette Stati membri dovranno affrontare. Dopo una breve illustrazione delle diverse modalità *messe in campo* e delle criticità ad esse connesse, si cercherà di dimostrare come le stesse da un lato vanno a rafforzare l'*ordo* neoliberista affermatosi nell'ordinamento comunitario già a partire dal Trattato di Maastricht del 1992 (ma entrato in vigore il 01 novembre 1993), comportando un ulteriore stravolgimento dello Stato, entità sempre meno *esogena* all'ordine commerciale e sempre più integrata nel mercato globale, a scapito del modello delineato dalla Costituzione repubblicana vigente ed in assenza di modifiche formali *ex* art. 138, dall'altro come questi strumenti, in mancanza di una politica fiscale comune ancora in capo agli Stati membri, benché fortemente condizionata dalla *governace* economica europea successiva alla crisi dei debiti sovrani, finiscano per allargare il divario tra i Paesi maggiormente indebitati (come l'Italia) e quelli con un rapporto debito/PIL più contenuto (Repubblica federale tedesca, Austria).

Abstract: The purpose of the contribution is to analyze the tools introduced by the Union, at the European Council on 23 April and the Eurogroup of 08 May 2020, functional to respond to the dramatic economic consequences deriving from the pandemic caused by the rapid spread of Covid -19, which the twenty-seven Member States will face. After a brief illustration of the different modalities *put in place* and the critical issues connected to them, we will try to demonstrate how they on the one hand strengthen the neoliberal order established in the Community system already since the Maastricht Treaty of 1992 (but entered into force on 01 November 1993), leading to a further upheaval of the State, an entity that is less and less *exogenous* to the commercial order and increasingly integrated into the global market, to the detriment of the model outlined by the current Republican Constitution and in the absence of changes formal pursuant to art. 138, on the other hand like these instruments, in the absence of a common fiscal policy still in the hands of the Member States, although strongly conditioned by the European economic governance after the sovereign debt crisis, end up widening the gap between the most indebted countries (such as the Italy) and those with a lower debt /PIL ratio (Federal Republic of Germany, Austria).

Parole chiave: Unione Europea – Eurogruppo - *Covid-19* - neoliberismo – Stato sociale.

Key words: European Union – Eurogroup - Covid-19 – neoliberalism – Welfare State.

IL RITORNO DECISIVO DELLO STATO IMPRENDITORE. DALLA NAZIONALIZZAZIONE DI ALITALIA ALLA ESTENSIONE DEI C.D. GOLDEN POWERS*.

di Andrea Napolitano**

Sommario. 1. Il ruolo dello Stato nell'economia post Covid- 19. – 2. La cornice costituzionale. – 3. La ri-nazionalizzazione di Alitalia e l'estensione dei *golden powers*. – 4. Riflessioni conclusive.

1. Il ruolo dello Stato nell'economia post Covid- 19.

L' attuale situazione di emergenza da Covid-19, oltre alle problematiche legate alla tutela della salute e al bilanciamento tra diritti fondamentali, sta producendo altrettanto dilaganti effetti dal punto di vista economico tanto da indurre l'Unione Europea ad intervenire legittimando, seppur in via temporanea, straordinari interventi non pienamente conformi a quelle che vengono normalmente definite "leggi del mercato"[568].

Dopo una prima concitata fase nella quale l'impostazione immaginata per risolvere la crisi economica sembrava voler poggiare su meccanismi intergovernativi piuttosto che eurounitari[569] (che avrebbero messo a rischio non solo la sopravvivenza dei popoli ma della stessa Unione Europea)[570], le recentissime proposte sembrano invece orientarsi verso la definizione di strumenti democratici adeguati attraverso politiche economiche destinate a sostenere i singoli Stati nell'affrontare le attuali difficoltà[571].

---

* *Sottoposto a referaggio*.

** Ricercatore t.d., lett. *a)* di Istituzioni di diritto pubblico – Università di Napoli "Parthenope".

568 Cfr. sul punto F. Merusi, *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna, 2002, p. 7.

569 Il riferimento è al c.d. *European Stability Mechanism* (MES) che come è noto, ha in passato dispiegato i suoi effetti devastanti sulla Grecia obbligandola a privatizzazioni selvagge destinate a smantellare gli *asset* strategici e a riforma riguardanti i diritti sociali. Per un'analisi più approfondita della questione si rinvia, tra i tanti, a F. Donati, *Crisi dell'euro, governance economica e democrazia nell'Unione Europea,* in *Rivista AIC*, n. 2/2013;

570 Per un'analisi più approfondita Cfr. F. Gaspari, *Poteri speciali e regolazione economica tra interesse nazionale e crisi socioeconomica e politica dell'Unione Europea,* in *www.federalismi.it*, n. 22/2020.

571 La Commissione Europea ha infatti presentato la sua proposta per il c.d. *Recovery Fund europeo* utilizzabile dai singoli Stati per affrontare la crisi socioeconomica collegata al coronavirus. Cfr. sul punto E.

Muovendo da questo rinnovato (e si spera duraturo) spirito solidaristico da parte dell'Unione Europea, chiamata ad agire quale "attore geopolitico comune"[572], il presente lavoro intende indagare (soffermandosi su due aspetti specifici quali l'estensione dei c.d. *golden powers* e la (ri)nazionalizzazione di Alitalia) un ipotetico nuovo rafforzamento dell'intervento pubblico nell'economia che, come è noto, in alcune fasi del secolo scorso, è stato così rilevante e determinante da essere considerato una vera e propria caratteristica dello Stato contemporaneo[573].

È noto infatti che la storia economica italiana, anche prima dell'entrata in vigore della Costituzione, è stata caratterizzata da interventi pubblici di tipo produttivo in zone depresse o di erogazione di servizi pubblici essenziali o motivati dal salvataggio di imprese private in crisi,

Con l'approvazione della Costituzione italiana e l'affermarsi del principio di uguaglianza sostanziale, tale ruolo si è inquadrato nella più ampia realizzazione dello Stato sociale di diritto[574] in quanto la presenza pubblica è stata considerata uno strumento volto ad eliminare gli squilibri economici oltre che sociali[575]. Nella Costituzione italiana del 1948

Triggiani, *L'Unione europea alla sfida decisiva,* in *i post di AISDUE, Coronavirus e diritto dell'Unione,* 15 aprile 2020, p. 2.

572 Cfr. D. D. Ceccarelli Morolli, *Appunti di geopolitica,* Roma, 2018, p. 211.

573 Cfr. G. Quadri, *Diritto pubblico dell'economia,* Padova, 1980, p. 19. L'Autore sul punto, sottolineando come il diritto pubblico non sia una materia economica e che una definizione giuridica dell'economia non avrebbe avuto nessuna utilità, ha evidenziato che "*il* diritto dell'economia è una disciplina unitaria che abbraccia lo studio di numerosi problemi ed istituti, alcuni tipici del diritto pubblico, altri del diritto privato. L'isolamento di un diritto pubblico dell'economia all'interno del diritto dell'economia ha valore a soli fini didattici ed espositivi e non esime dalla trattazione di istituti che tradizionalmente sono propri del diritto privato". Cfr. inoltre V. Bachelet, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia,* Milano, 1957; R. Quadri, *Enti e istituti giuridici nell'ordinamento internazionale dell'economia,* in *Iustitia,* 1961, p. 6, secondo il quale "non esiste un parallelismo funzionale tra il diritto dell'economia inteso nel senso anzidetto. E' da escludere che possa parlarsi al momento attuale di una trasposizione nel campo internazionale di funzioni organizzate analoghe a quelle sviluppatesi all'interno degli Stati. Una funzione di direzione economica importa l'esercizio di poteri sovrani che fanno difetto nel campo dell'organizzazione internazionale"; M. Giuliano, *La cooperazione internazionale in materia economica,* Milano, 1972.

574 Sul punto parte della dottrina ha osservato che "il concetto di Stato sociale non avrebbe nessun significato se isolato da quello di Stato di diritto, che è la linfa vitale della Costituzione. Lo Stato sociale è strettamente legato allo Stato di diritto, del quale costituisce l'ultima evoluzione, sul quale si fonda. La garanzia dello Stato sociale è costituita dallo Stato di diritto", cfr. G. Quadri, *Diritto pubblico dell'economia,* cit., 30. Si veda inoltre A. Villani, *Stato sociale di diritto: decifrazione di una formula,* Macerata, 1966 , secondo il quale "Lo Stato di diritto ha oggi, in questa nostra epoca, senso e possibilità solo se esso è, nel contempo, Stato sociale" e ancora che " Lo Stato sociale ha oggi, in questa epoca, senso e possibilità solo nella misura in cui sa nel contempo essere Stato di diritto".

575 Per un'analisi più approfondita della materia si rinvia a G. De Maria, *Lo Stato sociale moderno,* Milano, 1946; A.M. Sandulli, *Stato di diritto e Stato sociale,* in *Nord e Sud,* 1963; M. Mazziotti, *Diritti sociali,* in *Enc.dir.* II, Milano, 1964, 802, p. 8; P.G. Grasso, *Osservazioni sullo Stato sociale nell'ordinamento italiano,* in *Quaderni di scienze sociali,* 1965; M.S. Giannini, *Stato Sociale: nozione inutile,* in *Scritti in onore di Constantino Mortati,* Milano, 1977; G. Corso, *I diritti sociali nella Costituzione Italiana,* in *Riv. trim. dir.*

questa concezione trova, come è noto, la propria sistematizzazione negli articoli 2 e 3 ed in quelli che compongono e definiscono la Costituzione economica italiana[576]. Centrale in questa impostazione è il principio di uguaglianza sostanziale, punto cardine della nozione di Stato sociale che nella Costituzione italiana trova formalizzazione nell'articolo 3 considerata una delle disposizioni più elaborate ed *oggetto di esaltazioni e di critiche*, nel quale occorre volta per volta individuare il giusto punto di equilibrio tra divieto di discriminazione e necessità di differenziare le situazioni e gli *status*[577] .

Da ciò deriva, quindi, come l'intervento pubblico nell'economia trovi primariamente il proprio fondamento nella ricerca degli strumenti volti a rimuovere o almeno attenuare le diseguaglianze derivanti da situazioni economiche e sociali, nonché ad incidere sugli ostacoli al pieno sviluppo della persona umana[578].

---

pubbl, 1981, p. 755; A. Baldassarre, *Lo Stato sociale, una formula in evoluzione*, Bari, 1982, p. 25; M. Luciani, *Sui diritti sociali*, Padova, 1995, p. 103; S. Fois, A*nalisi delle problematiche fondamentali dello Stato sociale*, in *Dir. soc.*, 1999, p. 163; A. Lucarelli, *L'effettività del principio di eguaglianza e diritti sociali nei processi evolutivi della forma di Stato*, in *Il Filangieri*, 2003; A. Lucarelli, *Diritti sociali e principi "costituzionali" europei. Dalla Carta europea dei diritti fondamentali al Progetto di Trattato costituzionale*, in *Democrazia e diritto, "Populismo e Democrazia"*, 2003; P. Bilancia e E. De Marco, *La tutela multilivello dei diritti*, Milano, 2004; A. Giorgis, *Diritto sociali*, in *Dizionario diritto pubblico*, Milano, 2009.

576 Si rinvia sul punto al paragrafo 2. di questo capitolo.

577 Si ricorda, inoltre, come la prima giurisprudenza della Corte Costituzionale abbia interpretato tale principio in modo da consentire al «legislatore ordinario di emanare norme differenziate purchè queste rispondano alla esigenza che la disparità di trattamento sia fondata su presupposti logici obiettivi i quali razionalmente ne giustifichino l'adozione». Cfr. inoltre G. Quadri, *Diritto pubblico dell'economia,* cit., 53. Secondo l'Autore, la Corte Costituzionale avrebbe escluso la legittimità costituzionale delle diseguaglianze previste da leggi c.d. politiche, che, prescindendo da una situazione obiettiva, avrebbero quindi perseguito una finalità di ordine pubblico. Cfr. ancora C. Esposito, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione,* in *La costituzione italiana.* Padova, 1954, 37 p. 66; G. Balladore Pallieri, *Diritto costituzionale*, Milano, 422; V. Paladin, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965, p. 147; L.Paladin, (voce) *Eguaglianza (dir. cost.),* in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, 546; C. Rossano, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 1966, 331; B. Caravita, *Oltre l'uguaglianza formale,* Padova, 1984, p. 150; A. Pace, *Problematiche delle libertà costituzionali*, Padova, 1992, p. 483; L. Gianformaggio, *Eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale: il grande equivoco*, in *Foro. it*, 1996, I, 1961; A. Pace, *Eguaglianza e liberta'*, in *Polo dir.*, 2001, p. 168; A. Cerri, (voce) *Uguaglianza (principio costituzionale di),* in *Enc. giur.*, XXXII, Roma, 2005, I; A. Lucarelli, *Costituzione e Diritto Pubblico. Dal liberalismo autoritario allo Stato sociale*, in *Quale Stato*, n. 1/2008; M. Manetti, *La libertà eguale nella Costituzione italiana*, in *Riv. dir. pubbl.*, n. 3/2009, p. 635; C. Pinelli, *Il discorso nei diritti sociali tra Costituzione e diritto europeo*, in *Europea e dir. priv*, n. 3/2011, p. 401; U.G. Zingales, *Cronache costituzionali* 2012, in *Riv. trim. dir. pubbl*, n. 3/2014, p. 781; A. Moliterni, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in *Riv. trim dir. pubbl*, n. 1/2015, p. 89.

578 Cfr. G. Quadri, *Diritto pubblico dell'economia,* cit., 54 secondo cui "il diritto pubblico dell'economia studia pertanto la prima e l'ultima parte del I comma dell'art. 3, laddove si dice che "tutti i cittadini hanno pari dignità sociale" e che "sono eguali davanti alla legge senza distinzione…..di condizioni… sociali, formule di identico significato. Studia inoltre il secondo comma dell'art. 3 per la parte che recita "è compito della repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori dell'organizzazioni economica e sociale del paese". Cfr. inoltre sul punto F. Ruffini, *Diritti di libertà*, Firenze, 1946; G. Lombardi, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967; P. Grossi, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972; P. Barile,

2. La cornice costituzionale.

La presenza pubblica nell'economia accanto a quella privata, legittimata, principalmente, dagli articoli 41 e 43 Cost., considerata per molti anni del tutto naturale, ha subito un rilevante ridimensionamento in considerazione dell'impatto dei Trattati europei e di una nuova visione di mercato, da intendersi quale motore della crescita economica e sociale di uno Stato, che è stata alla base del periodo delle privatizzazioni[579] e del recepimento del principio dell'economia sociale di mercato[580]. L'intervento delle disposizioni europee in materia[581] è stato, infatti, finalizzato alla costruzione di un mercato unico ed alla necessità di arginare le impostazioni dei singoli Stati basate, come prima sottolineato, su una importante partecipazione pubblica e sul mantenimento di situazioni di forte interventismo statale anche in ipotesi non strumentali alla realizzazione di finalità sociali[582].

La valorizzazione della libera concorrenza ha, quindi, messo fine alla figura dello Stato imprenditore tradizionalmente inteso facendo emergere, allo stesso tempo, una rinnovata visione di intervento pubblico nell'economia caratterizzata da *un nuovo dirigismo tramite*

Diritti dell'uomo e libertà fondamentali, Bologna, 1984; A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997; F. Sorrentino, *Le garanzie costituzionali dei diritti*, Torino, 1998; E. Balboni, *Il concetto di "livelli essenziali e uniformi" come garanzia in materia di diritti sociali,* in *Le istituzioni del federalismo,* n. 6/2001, p. 6; P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali,* Torino, 2002; G. Oestreich, *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Roma- Bari, 2002;

[579] Per un'inquadramento generale delle privatizzazioni cfr. P. Marchetti, *Le privatizzazioni in Italia,* Milano, 1995; E. Bani, C. Carcelli e M. B. Pieraccini, *Privatizzare,* Padova, 1999; M. Clarich e A. Pisaneschi, (voce) *Privatizzazioni,* in *Dig. disc. pubbl.,* Torino, 2000, p. 432; F. Bonelli e M. Roli, (voce) *Privatizzazioni,* in *Enc. dir.,* IV, agg. Milano, 2000, p. 994.

[580] Cfr. sul punto G. Amato, *Il mercato nella Costituzione,* in AA.VV., *La Costituzione economica,* Padova, 1997, p. 19; P. Damiani, *Elementi di diritto pubblico dell'economia,* Roma, 2009, p. 17; F. Felice, *L'economia sociale di mercato,* Catanzaro, 2009, p. 75; G. Luchena, *Economia sociale di mercato,* in C.Iannello (a cura di) *Neoliberalismo e diritto pubblico, Rassegna di diritto pubblico europeo,* n. 1/2020, p. 81. Al riguardo sia infine consentito il richiamo a A. Napolitano, *Economia sociale di mercato e tutela dei diritti. Servizi essenziali e forme di gestione,* Torino, 2019.

[581] Il riferimento è, come è noto, all' Atto Unico Europeo del 1986 ed al Trattato di Maastricht del 1992. Per una analisi più approfondita Cfr. C.Iannello, *"Impresa", "mercato" e " concorrenza" fondamenti dell'ordine "costituzionale" neoliberale. Le politiche pro-concorrenziali dall'ambito economico a quello sociale,* in C. Iannello (a cura di) *Neoliberalismo e diritto pubblico, Rassegna di diritto pubblico europeo,* n. 1/2020, p. 121.

[582] Cfr. sul punto G. Di Plinio, *La Costituzione economica nel processo costituente europeo,* in *Diritto pubblico comparato ed europeo,* 1, 2004. Sul punto l'Autore parte di un "work in progress *che parte da Roma e arriva a* Maastricht *ed oltre"* per evidenziare l'evoluzione sovranazionale in materia che ha avuto, come è noto, come "spartiacque" proprio il Trattato di Maastricht.

la regolazione del mercato[583].

Lo Stato *regolatore*, in maniera differente rispetto allo Stato sociale, interviene in modo "conforme" al mercato, ritenuto il prodotto della regolazione pro-concorrenziale o *market making*[584], regolando e promuovendo la concorrenza attraverso organismi pubblici indipendenti, dal Governo e dal settore economico regolato, dotati di poteri autoritativi[585].

Al riguardo è stata inoltre riscontrata la coerenza tra la funzione regolatrice dello Stato ed i processi di liberalizzazione, caratterizzati dall'abrogazione delle disposizioni volte a limitare la concorrenza ed, al tempo stesso, dalla sottoposizione delle attività economiche a incisive regolazioni pubbliche finalizzate alla tutela ed alla promozione dello stesso principio concorrenziale[586].

L'impostazione immaginata, in ambito economico, dai Costituenti del 1948 è stata, quindi, *aggiornata* dall'inserimento nell'ordinamento nazionale della politica pro-concorrenziale, proveniente dal diritto europeo non trovando un limite esplicito nelle norme costituzionali in materia che tutelando, in maniera imprescindibile, le finalità sociali derivanti dalle attività economiche non dispongono un sistema di organizzazione *ad hoc*[587].

Sul punto attenta dottrina ha rinvenuto un riferimento esplicito alla concorrenza da considerarsi quale *grimaldello*[588] che la clausola dell'utilità sociale può usare per far entrare nel mercato[589] le istanze di promozione sociale ad esso sottese in quanto strumento volto

---

583 Cfr. G. De Vergottini, *La Costituzione economica italiana: passato e attualità*, cit., p. 339.

584 Cfr. N. Irti, *Legislazione e codificazione*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, 1996, p. 232.

585 Per un'analisi più approfondita dello Stato regolatore si rinvia a titolo esemplificativo a S. Cassese, *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e* deregulation, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, p. 378; S. Cassese, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, p. 579; V. Roppo, *Privatizzazioni e ruolo del "pubblico": lo Stato regolatore,* in *Pol. dir.*, 1997, p. 627; D. Piacentino, *Le autorità indipendenti di regolamentazione e l'organizzazione dell'intervento pubblico in economia,* in S. De Nardis (a cura di), *Le privatizzazioni italiane*, Bologna, 2000, p. 305; A. La Spina e G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, p. 27; F. Di Porto, *Regolazione di "prima" e "seconda" generazione. La liberalizzazione del mercato elettrico*, in *Mercato, regole, concorrenza*, 2003, p. 201; A. Lucarelli, *Le radici dell'Unione Europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Rass. Dir. Pubb. Eur. on-line*, **n.** 1/2019**.**

586 Cfr. G. De Vergottini, *La Costituzione economica italiana: passato e attualità*, cit., p. 341.

587 Cfr. F. Monceri, *Servizi pubblici e istanza sociali nella costituzione economica europea*, cit., p. 132.

588 Cfr. I. De Cesare, *Concorrenza e utilità sociale*, in *www.federalismi.it*, n. 8/2020.

589 Al riguardo si ricorda come la revisione costituzionale del 2001 abbia inciso profondamente sulla Costituzione economica nazionale, includendo *il mercato*, prima assente, e facendo in modo che la tutela della concorrenza, sottoposta alla potestà esclusiva dello Stato, risulti strettamente collegata alla giustizia sociale al fine di essere considerata precisazione del principio dell'economia sociale di mercato, in virtù del quale la produzione di beni e servizi sia affidata a soggetti privati all'interno di un mercato aperto e concorrenziale, regolato, al tempo stesso, dai pubblici poteri, in modo da tutelare e promuovere il raggiungimento di finalità sociali. Può dirsi, in altri termini, che il revisore costituzionale ha dato prova dell'influenza del diritto europeo sulla Costituzione, non andando a modificare gli articoli dedicati alla Costituzione economica, così come strettamente intesa, ma inserendo nella parte seconda della Costituzione

ad impedire che l'iniziativa privata confligga con il progetto sociale della Costituzione[590]. A ciò si aggiunga, inoltre, come le norme europee risultino indirizzate verso un'economia di mercato basata sulla tutela della concorrenza nel mercato interno ed il perseguimento della "coesione economica europea"[591], che deve essere costantemente aggiornata proprio in considerazione dell'integrazione europea, fondata sul primato del diritto europeo su quello interno[592].

Come è noto la Corte Costituzionale, chiamata in più occasioni a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale del *principio concorrenziale*, ha sottolineato come «la

il riferimento ad istituti, quali la concorrenza, che negli anni hanno trovato nel diritto europeo la propria fonte primaria. In questo modo può infatti essere letto il riferimento, contenuto nell'articolo 117 Cost., alla «tutela della concorrenza» nelle materie riservate alla potestà esclusiva dello Stato al fine di attribuire, allo stesso, un potere legislativo orientato ad una uniformità sull'intero mercato nazionale. Cfr. M. Cammelli, *Amministrazione e interpreti davanti al nuovo Titolo V della Costituzione,* in *Le Regioni,* 2001, 6, 1274 che ha parlato di " *inedita costituzionalizzazione di principi come quello della concorrenza". Contra* L. Buffoni, *La "tutela della concorrenza" dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative,* cit., 366. Secondo l'Autrice "non pare possibile, per profilassi costituzionale, ravvisare nell'art. 117 Cost., contenuto nella Parte II della Costituzione, il fondamento costituzionale del principio della libera concorrenza, intesa per di più in senso macroeconomico, quale assetto concorrenziale del mercato, perché così facendo si arriverebbe a modificare surrettiziamente, attraverso norme di riparto delle competenze il Titolo III (Rapporti economici), Parte I della Costituzione e, attraverso esso, finanche il delicato equilibrio tra la tutela del mercato e delle regole che ne garantiscono il corretto funzionamento e garanzia delle esigenze latu sensu sociali in esso a fatica raggiunto". Cfr. inoltre S. Cassese, *L'energia elettrica nella legge costituzionale n. 3/2001,* in *www.federalismi.it,* 21 luglio 2002, 10 che parla di una "costituzionalizzazione" dell'espressione tutela della concorrenza. Al riguardo si ricorda altresì parte della dottrina secondo la quale dalla configurazione costituzionale della libertà di concorrenza dipenda, oggi, la definizione stessa della nostra forma di Stato. Sul nesso tra libertà di concorrenza e forma di Stato e tra Costituzione economica e forma di Stato. Cfr. infine V. Spagnuolo Vigorita, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico,* cit, 50.

[590] Cfr. F. Merusi, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti,* in F. Bassi e F. Merusi (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti,* Milano, 1993; T. Guarnier, *Libertà di iniziativa economica privata e libera concorrenza,* in *Scritti in ricordo di Paolo Cavaleri,* Napoli, 2016; Cfr. M. Libertini, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana,* in *Giurisprudenza costituzionale,* n. 2/2005, p. 1429; F. Zatti, Riflessioni sull'art. 41 Cost.: la libertà di iniziativa economica privata tra progetti di riforma costituzionale, utilità sociale, principio di concorrenza e delegificazione, in *Forum di Quaderni Costituzionali,* n. 8/2012; M. Manetti, *I fondamenti costituzionali della concorrenza,* in *Quaderni costituzionali,* n. 2/2019, pp. 325-326; G. Pitruzella, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?,* in *Quaderni costituzionali,* n. 3/2019, p. 599. Cfr. infine R. Bin, *La concorrenza nel bilanciamento tra valori,* in M. Ainis e G. Pitruzella (a cura di), *I fondamentali costituzionali della concorrenza,* Bari, 2019.Al riguardo l'Autore evidenzia la necessità di non tramutare la concorrenza da mezzo dell'utilità sociale a sua fine, in quanto la stessa non deve essere l'obiettivo da perseguire ma lo strumento utilizzato per impedire che l'iniziativa economica privata risulti in conflitto con il progetto sociale delineato in Costituzione.

[591]Per un'analisi più approfondita sul punto Cfr. A. Lucarelli, *Scritti di Diritto Pubblico Europeo dell'economia*, Napoli, 2016.

[592] Cfr. sul punto Cfr. P. Bilancia, *Il modello dell'economia sociale di mercato tra Costituzione italiana e trattati europei,* in M. Melica- M. Menzetti e V. Piergigli (a cura di), *Studi in onore di Giuseppe de Vergottini,* Assago- Padova, 2015, p. 2223; P. Bilancia, *L'effettività della Costituzione economica nel contesto dell'integrazione sovranazionale e della globalizzazione,* in P. Bilancia, *Costituzione economica, integrazione sovranazionale, effetti della globalizzazione,* in *www.federalismi.it,* n. 5/2019.

concorrenza non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quella accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri e favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali»[593].

Accanto all'art. 41 Cost., un ruolo fondamentale nel quadro dei principi costituzionali di governo dell'economia è svolto dall'art. 43[594], dal quale emerge una configurazione di intervento pubblico nel quale lo Stato è chiamato a regolare la produzione e la crescita dei settori strategici dell'economia, gestiti da imprenditori privati o in maniera diretta dagli stessi soggetti pubblici, attraverso la previsione di riserve di impresa ed espropriazioni di singole imprese e la definizione di tre figure di collettivizzazione: le statalizzazioni, le nazionalizzazioni e socializzazioni, consolidando, di fatto, un sistema che ha contribuito alla crescita economica ed allo sviluppo sociale del Paese[595].

Nell'ambito del rapporto tra pubblico e privato è stato da più parti sottolineato come l'articolo 43 Cost. abbia assunto una portata innovatrice e riformatrice da un punto di vista politico-economico, in omogeneità con le altre componenti del sistema[596], ponendosi in

[593] Corte Costituzionale s.n, 14/2004, in *Giurisprudenza costituzionale,* n. 1/2004, p. 237. Cfr. inoltre Corte Costituzionale n. 223/82 in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 384; Cfr. sul punto Corte Costituzionale s.n. 443/1997, in *Giust. civ.,* 1998, I, p. 609; Corte Costituzionale s.n. 94/2007, in *Foro it.,* n. 6/2009, I, p. 1720; Corte Costituzionale s.n. 430/2007, in *Giust. civ.*, n. 4/2008, I, p. 857; Corte Costituzionale, s.n. 45/2010, in *Giur. cost.,* 2010, I, p. 509; Corte Costituzionale n. 94/2013, in *Giurisprudenza costituzionale,* n. 3/2013, p. 1637; Corte Costituzionale, s.n. 210/2015, in *Giurisprudenza Costituzionale,* n. 5/2015, p. 1644; Corte Costituzionale, s.n. 47/2018, in *Giurisprudenza Costituzionale,* n. 2/2018, p. 550.

[594]Sul punto si evidenzia come, da un'analisi dei lavori svolti in Assemblea Costituente possa evincersi un'impostazione volta ad oltrepassare il compito di mero regolatore dell'economia. Al riguardo si ricordano le parole dell'On. Taviani, relatore dell'articolo alla Terza Sottocommissione che, presentando il testo, nel legittimare tale scelta evidenziava come "quando evidenti esigenze lo impongano, è necessario passare alla collettivizzazione della proprietà, Ho creduto inoltre opportuno specificare che, soltanto al fine di evitare situazioni di privilegio o di monopolio privato (qualche cosa di simile faceva il primo progetto della Costituzione francese), la legge può riservare alla proprietà collettiva le imprese ed i beni di determinati e delimitati settori dell'attività economica, per evitare così che essi, invece di essere garanzia dell'affermazione della persona umana, si trasformino in mezzi di sfruttamento". Lo stesso inoltre sottolineava che "Per il bene della collettività bisogna evitare il pericolo di certe forze capitalistiche che indubbiamente vengono ad essere vere forze politiche della Nazione. Dal punto di vista pratico, non credo che l'Italia si debba porre sulla strada della grande industria".

[595]Cfr. 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. 304. Nonostante la disposizione avesse riconosciuto allo Stato la facoltà di riservare a sé le attività produttive in un determinato numero di settori, l'iniziativa economica privata era riconosciuta a legittimata ai sensi dell'articolo 41 Cost., nella maggior parte dei settori produttivi dell'apparato economico. Cfr. G. Bognetti, *Costituzione economica e Corte Costituzionale,* Milano, 1983, p. 53 secondo cui l'attività economica dei privati rimaneva una colonna portante nell'edificio complessivo dell'economia del Paese.

[596] Cfr. V. Spagnuolo Vigorita, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, cit., p. 338.

stretto legame non solo con l'articolo 41 ma anche con l'articolo 42 della Costituzione, ossia con lo statuto costituzionale dell'impresa da un lato e con quello della proprietà dall'altro[597].

Nell' analizzare la portata garantista ed interventista della disposizione la Corte Costituzionale ha evidenziato come la funzione della stessa debba rinvenirsi nella «eliminazione delle eventualità che il privato, col peso della propria impresa possa direttamente e profondamente influire su interi settori economici, con le conseguenze di ordine politico e sociale che a tale influenza sono connesse»[598].

Sulla base di quanto ricordato da autorevole dottrina[599] è possibile riscontrare, nell'articolo 43 Cost. una duplice garanzia. Da un lato, infatti, viene assicurato al soggetto privato di poter autonomamente confidare sul fatto che la sua attività non verrà *pubblicizzata* in assenza dei presupposti previsti dalla disposizione costituzionale e, dall' altro, sulla base degli stessi requisiti allo Stato, è attribuita la facoltà di poter operare pubblicizzazioni in presenza dei presupposti previsti dalla Costituzione stessa[600]. Al riguardo è stato altresì sottolineato come il Costituente abbia voluto porre, in questo modo, l'attenzione non tanto sul settore economico interessato dall'intervento dello Stato, quanto sul modo di acquisto della proprietà che può avvenire "mediante espropriazione[601] e salvo indennizzo" a favore dello Stato stesso (statalizzazione) o di un ente pubblico (nazionalizzazioni)[602].

---

[597] Cfr. F. Galgano, *Art. 43*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione,* Bologna-Roma, 1982, 193. *Contra* U. Pototschnig , *I pubblici servizi,* Padova, 1964, p. 107, il quale escludeva che l'attività di cui all'art. 41 cost. coincidesse con i casi previsti dall'art. 43 Cost. Secondo Pototschnig, sarebbero state possibili attività in mano pubblica, anche al di fuori dai casi previsti dall'art. 43 Cost.

[598] Cfr. Corte Costituzionale n. 58/1965, in *Giur. cost,* 1965, p. 727.

[599]Cfr. M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia,* cit., p. 140.

[600] Sul concetto di riserva la dottrina si è interrogata in modo discordante. Ad una prima tesi, basata su una nozione di riserva riferita, essenzialmente, alle sole attività nuove se ne è contrapposta un'altra che ha considerato la *riserva* riferita essenzialmente ad un'attività economica già avviata dai privati. L'impostazione prevalente, fondata su di un ampio dibattito, intende oggi riferire il termine "riserva originaria" in termini civilistici e, cioè, contrapposto a quello *derivato*. Cfr. S. Cassese, *Leggi di riserva e art. 43 Cost.,* in *Giur. cost.,* 1960, p. 1356; F. Galgano, *Art. 43*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione,* cit., p. 193

[601]Come è stato sottolineato il riferimento all'istituto dell'espropriazione non risulta essere casuale in quanto il procedimento espropriativo, costituito da una serie di atti che, permettendo un controllo dello stesso, va a tutelare il soggetto espropriato. L'Espropriazione per motivi di preminente interesse generale si giustifica, inoltre, per la necessità di impedire la gestione del prezzo di un bene in maniera tale da metterne a rischio la fruibilità collettiva ed, al tempo stesso, evitare la creazione di monopoli distorsivi per i cittadini. Cfr. A. Lucarelli, *Commento all'art. 43 della Costituzione,* cit., p. 849. Sul punto si può altresì ricordare come il Costituente abbia voluto evitare la realizzazione di monopoli capaci di influenzare interi settori economici non solo in riferimento all'aspetto economico ma anche e soprattutto in relazione ad obiettivi di ordine politico e sociale. Cfr. sul punto Corte Costituzionale, s.n. 58/1965, in *wwww.giurcost.org*.

[602] Da un'attenta analisi della disposizione, pur sottolineando come l'articolo 43 Cost. stabilisca che la collettivizzazione possa avvenire solo con l'imposizione di una riserva, allo stesso modo non chiarisce la

La realizzazione dei fini di utilità sociale, vero e proprio punto di equilibrio tra il ruolo interventista dello Stato ed il riconoscimento della libertà di iniziativa economica[603], coincidente con il corretto funzionamento del sistema economico e, soprattutto, con la protezione diretta dei principi generali enunciati dall'articolo 3 comma 2 Cost, legittima, quindi, la titolarità pubblica al fine di rimuovere ostacoli di ordine economico e sociale ed assicurare il soddisfacimento di determinati bisogni della collettività[604].

Dall'analisi dell'evoluzione socio-economica dell'intero periodo repubblicano bisogna evidenziare come gli strumenti previsti dall'articolo 43 Cost. siano stati utilizzati in poche occasioni.

Il principale intervento si è avuto con la definizione della riserva per la ricerca di idrocarburi nella pianura padana, disposta con la legge n. 136/1953[605], in favore di un ente pubblico istituito *ad hoc,* l'Enel[606], e con la nazionalizzazione dell'energia elettrica, conseguente all'espropriazione di imprese del settore, attuata con la legge n. 1463/1962[607]. Si tratta di un settore, quello dell'energia elettrica, che è stato rilevante protagonista anche della stagione delle privatizzazioni, grazie alle quali si è avuta la trasformazione dell'Enel da ente pubblico a società per azioni quotata in borsa, e delle successive liberalizzazioni, i cui effetti si sono percepiti nella definitiva apertura del mercato.

L'altro settore, oggetto di riserva assoluta allo Stato per un lungo periodo dell'esperienza repubblicana è stato, come è noto, quello televisivo, anche e soprattutto in considerazione della sostanziale identificazione tra trasmissione televisiva ed erogazione di un servizio

---

possibilità di prevedere pubblicizzazioni senza riserva. Sul punto è stato evidenziato come le imprese pubblicizzate debbano essere qualificate dal requisito del preminente interesse generale derivante dalla loro dimensione, dal loro carattere strategico ed, infine, per il perseguimento di finalità di utilità generale. Per un'analisi più approfondita delle collettivizzazioni si rinvia a E. De Marco, *Collettivizzazione e libertà economiche,* in *Il Foro amm.,* n. 6/1977, pp 1607-1642; E. De Marco, *La collettivizzazione negli ordinamenti regionali,* in *Rassegna "I Tribunali amministrativi regionali",* n. 1/1980, II, pp. 27-63.

[603] Cfr. inoltre U. Pototschnig , *I pubblici servizi,* cit., p. 149

[604] Al riguardo sia consentito il richiamo a A. Napolitano, *Economia sociale di mercato e tutela dei diritti. Servizi essenziali e forme di gestione,* cit.

[605] Legge n. 136/1953, *Istituzione dell'Ente nazionale Idrocarburi.*

[606] Si trattava, come è noto, di un ente pubblico economico al quale venne attribuita non solo una capacità generale di diritto privato ma anche e soprattutto la riserva dell'attività di produzione, importazione, esportazione, trasporto e distribuzione dell'energia elettrica. Per un'analisi più approfondita del tema si rinvia a G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza,* Padova, 2001, p. 165.

[607] Legge 6 dicembre 1962, *Istituzione dell'Ente nazionale per l'energia elettrica e trasferimento ad esso delle imprese esercenti le industrie elettriche.* Nello specifico l'articolo 1 comma 3 della legge ha stabilito che «ai fini di utilità generale l'ente nazionale provvederà alla utilizzazione coordinata e al potenziamento degli impianti allo scopo di assicurare con minimi costi di gestione una disponibilità di energia elettrica adeguata per quantità e prezzo alle esigenze d'un equilibrato sviluppo economico del paese».

pubblico[608].

L'impostazione immaginata dai Costituenti nell'articolo 43 Cost., che ha portato, storicamente, al sistema delle partecipazioni statali attraverso l'istituzione di enti di gestione considerati strategici per lo sviluppo dell'Italia[609], è stata, secondo parte della dottrina, smantellata in favore di un modello neoliberista, in virtù del quale la riserva in favore dello Stato risulta cedevole rispetto al principio della concorrenza[610].

Nonostante la rilevanza di tale orientamento deve, al tempo stesso, sottolinearsi come le disposizioni europee in materia di servizi pubblici, benchè rispondano ad istanze di armonizzazione e liberalizzazione ed alla creazione di un mercato unico europeo, siano caratterizzate dal principio di neutralità, in riferimento agli aspetti soggettivi della proprietà, sostenendo la "mission di rafforzare l'unità delle economie e di assicurare lo sviluppo armonioso, riducendo le disparità tra le differenti regioni ed il ritardo di quelle

[608]La riserva statale, giustificata dalla limitatezza dei canali e dalla necessaria realizzazione dei fini di utilità sociale, attraverso la garanzia di condizioni di obiettività, imparzialità, completezza e continuità, ha subito nel corso degli anni una inesorabile crisi che ha decretato il "tramonto del sistema monopolistico" e l'apertura del mercato agli operatori privati". D.Messina, *Televisione e convergenza tecnologica*, in A. Papa (a cura di) *Il diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era digitale,* Torino, 2018, p. 111. Come è noto la Corte Costituzionale è stata, nel corso degli anni, chiamata a pronunciarsi in merito alla compatibilità del quadro normativo (r.d. 27 febbraio 1936 n°645) con le disposizioni costituzionali. In una prima occasione i giudici, nel rigettare i dubbi di costituzionalità delle norme, evidenziarono come lo Stato si trovasse "istituzionalmente nelle condizioni di obiettività e imparzialità più favorevoli per conseguire il superamento delle difficoltà frapposte dalla naturale limitatezza del mezzo alla realizzazione del precetto costituzionale volto ad assicurare ai singoli la possibilità di diffondere il pensiero con qualsiasi pensiero". Cfr s.n. 59/1960, in *www.giurcost.org*. Al tempo stesso è necessario ricordare come gli stessi giudici, con le sentenze n. 225 e 226/1974, abbiano dato avvio all'inesorabile tramonto del monopolio statale nel settore attraverso la dichiarazione di illegittimità costituzionale della riserva in riferimento alla ritrasmissione di programmi di emittenti estere e la diffusione di programmi via cavo a livello locale. Cfr. Corte Costituzionale n. 225/1974, in *Riv. dir. ind*, 1981, II, 13; Corte Costituzionale, s.n. 226/1974, in *Riv. dir. ind*, 1981, II, 50. Tale impostazione è stata, come è noto, recepita dal legislatore che, con la legge n° 103/1975, ha definito un regime di autorizzazione per quelle frequenze considerate libere da riserve e, per questo motivo, accessibili agli operatori privati. Sarà, infine, la c.d. Legge Mammì a far cadere definitivamente il monopolio pubblico nel settore aprendolo all'imprenditoria privata definendo, al tempo stesso, quei principi fondamentali alla base dello stesso sistema tra i quali rientrano, senza dubbio, il pluralismo, l'obiettività, la completezza e l'imparzialità delle informazioni ed, infine, l'apertura alle diverse opinioni. Cfr. Legge 14 aprile 1975 n° 103, *Nuove norme in materia di diffusione radiofonica e televisiva;* Legge 6 agosto 1990 n. 223, *Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato.* Per un'analisi più approfondita della tematica si rinvia a A. Papa, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet*, Torino, 2011.

[609] Cfr. A. Papa, *Le imprese pubbliche tra Costituzione ed ordinamento comunitario*, in S. Labriola e A. Catelani (a cura di), *La Costituzione materiale: percorsi culturali e attualità di un'idea*, Milano, Giuffrè, 2001

[610] Cfr. A. Lucarelli, *Commento all'art. 43 della Costituzione,* cit., p. 310. Secondo parte della dottrina spetta, quindi, al diritto europeo stabilire in quali casi è eccezionalmente ammesso il conferimento dei diritti speciali ed esclusivi ad uno o più operatori. Cfr. sul punto G. Napolitano, *I servizi pubblici*, in *Dieci anni di riforme amministrative. Il diritto amministrativo tra XX E XXI Secolo, Atti del convegno*, 27 maggio 2004, in *Giornale dir. amm*, 2004, p. 805.

meno favorite"[611].

Tale impostazione è stata, inoltre, avvalorata anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha, in più occasioni, ricordato come, in ambito sovranazionale, non vige un divieto assoluto in merito ad un intervento pubblico nell'economia, ritenendo legittima la presenza attiva dello Stato nelle ipotesi in cui la stessa rappresenti l'*extrema ratio* per il perseguimento di una utilità sociale[612].

3. La ri-nazionalizzazione di Alitalia e l'estensione dei *golden powers*.

Ancor prima dello scoppio dell'attuale pandemia, il perdurare della crisi economica e le misure di *austerity* che, a loro volta, hanno impattato negativamente sui sistemi di erogazione di servizi e prestazioni sociali[613] hanno imposto una nuova riflessione sul modello previsto dall' articolo 43 Cost. che, nel corso degli anni, aveva perso centralità nel dibattito scientifico tanto da indurre, autorevole dottrina, a legittimare la sua sostanziale *inapplicabilità* alla luce del processo di integrazione europea susseguitasi al Trattato di Maastricht[614].

Come è noto, infatti, anche se in ambito europeo l'intervento pubblico non è stato mai effettivamente messo in discussione per quanto riguarda i principi lo è, senza dubbio, in riferimento alle "sue forme, nella sua pienezza e nella sua consistenza, nella sua intensità, nella sua efficienza e nella sua efficacia, nella corrispondenza agli obiettivi prefigurati e da

[611] Cfr. Art. 106 TFUE.

[612] Cfr. tra le tante Corte di Giustizia, 25 marzo 2015, *Belgio/ Commissione*, T 538/11, in *www.curia.eu.*

[613] Al riguardo parte della dottrina, ritenendolo necessario, ha, in parte, auspicato il ricorso alla riserva o alla ri-pubblicizzazione di alcune attività produttive di servizi pubblici, per garantire il perseguimento di quelle finalità proprie dell'economia sociale di mercato, caratterizzanti la Costituzione Repubblicana, e dare rilievo ossigeno alle garanzie sociali mortificate dall'attuale situazione economico-sociale. Secondo tale visione, quindi, la tutela dei diritti garantiti mediante l'erogazione dei servizi pubblici di interesse economico generale, sarebbe svilita da ottiche meramente imprenditoriale finalizzate al mero profitto. Anche per una ricostruzione della problematica Cfr. A. Lucarelli, *Il servizio idrico integrato in una prospettiva di ridimensionamento della regola della concorrenza*, in *Giur. cost*., n. 1/2011, p. 288; A. Lucarelli, *Il nuovo governo delle società pubbliche e dei servizi di interesse economico-generale: profili giuspubblicistici*, in F. Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento e disciplina alla luce del Testo Unico,* Milano, 2017; A. Lucarelli, *La riforma delle società pubbliche e dei servizi di interesse economico generale: letture incrociate*, in *www.federalismi.it*, 2 novembre 2016;

[614] Cfr. N. Irti, *Andato in desuetudine,* in N.Irti, *L'ordine giuridico del mercato,* Bari, 1998. *Contra* A. Lucarelli, *Commento all'art. 43 della Costituzione*, in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 310.

perseguire nei suoi limiti e, magari, nelle garanzie comunque da assicurare"[615].

L'attuale momento di difficoltà economica, conseguente allo scoppio della pandemia, rientrando a pieno titolo nella categoria degli eventi imprevedibili, legittima interventi, anche autoritativi, dello Stato in ambito economico che, trovando il proprio fondamento nella *necessità*, possono, per un periodo predefinito, portare a restrizioni della concorrenza al fine di valorizzare il "proprio ruolo politico e storico di promotore dell'uguaglianza, di garante dei diritti sociali e di attore dello sviluppo"[616].

Nello specifico, per la parte che qui rileva, tra i vari interventi posti in essere in risposta all'emergenza Covid-19 meritano particolare attenzione l'estensione dei c.d. *golden powers* a nuovi settori economici e la (ri) nazionalizzazione di Alitalia considerate misure rientranti nell'ambito di politiche nazionali adottate sempre nel rispetto dei dettati europei.[617]

Nel tracciare la linea evolutiva dei c.d. poteri speciali deve ricordarsi come gli stessi siano stati oggetto di scontro tra Stati membri e Commissione Europea che, in più occasioni è intervenuta per la violazione dei principi fondamentali di stabilimento e libera circolazione dei capitali da parte delle norme interne che hanno disciplinato, nel corso degli anni, tale settore[618].

Come è noto, il primo provvedimento nazionale in materia risale al 1994 (decreto legge n. 332/94[619]) con il quale fu introdotto l'istituto della *golden share* che attribuiva allo Stato l'esercizio di poteri speciali e vincoli statutari nell'ambito delle società di capitali,

---

[615] Cfr. F. Gabriele, *Premessa introduttiva*, in F. Gabriele (a cura di), *Il governo dell'economia tra "crisi dello Stato" e "crisi del mercato"*, Bari, 2005, p. 10.

[616] Cfr. A. Papa, *Passato e (incerto) futuro delle "nazionalizzazioni" tra dettato costituzionale e principi europei*, in P. Bilancia, *Costituzione economica, integrazione sovranazionale, effetti della globalizzazione*, in *www.federalismi.it*, n. 5/2019, p. 165.

[617] Per un'analisi dettagliata degli interventi in ambito economico si rinvia a P. Pulsoni, *L'intervento dello Stato nell'economia all'epoca del Covid-19. Analisi critica della normativa emergenziale*, in *www.dirittifondamentali.it*, n. 2/2020.

[618] Cfr. sul punto F. Marrella, *Unione Europea ed Investimenti Diretti Esteri in* S.M. Carbone *(a cura di), L'Unione europea a vent'anni da Maastricht*, Napoli, 2013, p. 107 ss.; G. Sarchillo, *Dalla golden share al golden power: la storia infinita di uno strumento societario: Profili di diritto europeo comparato*, in *Contratto e imprese/ Europa*, n. 2/2015, p. 619, secondo il quale Corte di Giustizia ha, in più occasioni, "vestito i panni di giudice protagonista in un conflitto che ha visto contrapporsi, da un lato gli Stati membri, impegnati a rivendicare il proprio diritto alla salvaguardia dei " supremi" interessi nazionali e, dall'altro, la Commissione europea, la quale non ha mancato di sanzionare qualsiasi disposizione, sia essa di natura privata o pubblica, non compatibile con i "supremi" principi del diritto comunitario".

[619] Decreto Legge 31 maggio 1994, n. 332, *Norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in societa' per azioni, convertito, con modificazioni, con legge 30 luglio 1994 n. 474.*

prescindendo da qualunque forma di partecipazione azionaria pubblica[620].

Tale impostazione è stata fortemente sindacata dalla Commissione Europea[621] e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia[622] ritenendo che essa violasse il diritto societario nazionale e, soprattutto, per l'eccessiva ed indiscriminata limitazione della libertà di circolazione dei capitali e di stabilimento che era suscettibile di produrre.

[620] Sulla base di quanto già previsto da altri ordinamenti, la c.d. *golden share* in quello inglese e la c.d. *action specifique* in quello francese, il legislatore decide di intervenire in materia in conseguenza dei primi processi di privatizzazione delle aziende pubbliche e delle imprese pubbliche per evitare che al monopolio pubblico potesse sostituirsi un potenziale (e pericoloso) monopolio privato. In questo modo lo Stato, prescindendo da qualunque forma di partecipazione azionaria, continuava a mantenere una forma di controllo in settori strategici al fine di tutelare gli interessi ritenuti vitali per la Nazione attraverso determinati poteri (ad esempio di nomina e di veto all'acquisizioni di partecipazioni rilevanti) e/o di vincoli statutari che attraverso il Ministero dell'economia e delle finanze, il Governo può esercitare a tutela di interessi generali su alcune decisioni c.d. strategiche. Per un'analisi più approfondita Cfr. F. Freni, Golden share *e principio di proporzionalità: quando il fine non giustifica i mezzi,* in *Giorn. Dir. Amm.,* n. 10/2002, p. 1049*; Id, L'incompatibilità con le norme comunitarie della disciplina sulla* golden share, in *Giorn. Dir. Amm.,* n. 11/2001, p. 1145*;* F. Bonelli e M. Roli, (voce) *Privatizzazioni,* in *En. Dir., Agg.,* IV, Milano, 2000, 1007 ss.; C. Ibba, *La tipologia delle privatizzazioni,* in *Giur. Comm.,* 2001, I, p. 464; T. Ballarino -L. Bellodi, *La* golden share *nel diritto comunitario,* in *Riv. Società,* n. 2/2004, ss; S. Gobbato, Golden share *ed approccio uniforme in materia di capitali nella recente giurisprudenza comunitaria,* in *Riv. It. Dir. Pubbl. comun.,* 2004, p. 427; G.C. Spattini, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione,* Torino, 2006.

[621] Il riferimento è, ad esempio, alla procedura di infrazione n.2009/2255, avviata dalla Commissione Europea con riguardo alla disciplina della golden share in ambito nazionale.

[622] Cfr. Corte di Giustizia, 23 maggio 2000, C- 58/99, *Commissione/Italia,* in *Giur. It,* 2000, 1967. In questa occasione i giudici hanno evidenziato come «tali poteri possono scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali del Trattato, e devono soddisfare quattro requisiti, cioè devono applicarsi in modo non discriminatorio, devono essere giustificati da motivi imperativi d'interesse generale, devono essere idonei a garantire il conseguimento dell'obiettivo perseguito e non devono andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo». Cfr. Corte di Giustizia, 16 gennaio 2003, C-388/01, in *www.curia.eu;* Corte di Giustizia, 26 marzo 2009, C-327/07, *Commissione/ Italia,* in *www.curia.eu.* Cfr. F. Merusi, *La Corte di Giustizia condanna la* golden share *all'italiana e il ritardo del legislatore,* in *Dir. pubb. comm. eur.,* 2000, p. 1236; A. Pericu, *Il diritto comunitario favorisce davvero le privatizzazioni dei servizi pubblici?,* in *Privatizzazioni e regioni,* Milano, 2003; A. Sacco Ginevri, *La nuova* golden share*: l'amministratore senza diritto di voto e gli altri poteri speciali,* in *Giur. comm.,* 2005, II, p. 707*;* F. Santonastaso, *Dalla "golden share" alla "poison pill": evoluzione o involuzione del sistema* ?, in *Giur. comm.,* 2006, I, p. 383*;* E. Freni, Golden share, *ordinamento comunitario e liberalizzazioni asimmetriche: un conflitto irrisolto,* nota a Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 28 settembre 2006, cause riunite C-282/04 e C-283/04 – Commissione /Regno dei Paesi Bassi, in *Gior. Dir. Amm.,* 2, 2007, 145; F. Santonastaso, *La saga della* golden share *tra libertà e movimento di capitali e libertà di* stabilimento, in *Giur. comm.,* 2007, I, 302*;* C. Cavazza, Golden share*, giurisprudenza comunitaria ed abrogazione dell'art. 2450 c.c*. in *Le nuove leggi civ. comm*., 2008, 1193*;* S. M. Carbone, Golden share *e fondi sovrani: lo Stato nelle imprese tra libertà comunitarie e diritto statale,* in *Dir. comm. int.,* 2009, p. 503; L. Scipione, *La "*golden share*" nella giurisprudenza comunitaria: criticità e contraddizioni di una roccaforte inespugnabile,* in *Società,* 2010, p. 856; I. Demuro, *Società privatizzate,* in *Diritto commerciale Dizionari del diritto privato,* Milano, 2011, p. 905; A. Sacco Ginevri e F.M. Sbarbaro, *La transizione dalla golden share nelle società privatizzate ai poteri speciali dello Stato nei settori strategici: spunti per una ricerca,* in *Le nuove leggi civ. comm.,* 2013, p. 109; C. San Marco, *I golden powers tra legislazione e applicazione concreta,* in *Astrid,* n. 15/2017. Come è stato sottolineato "La Corte non hai mai condannato in radice la golden share, rimarcando piuttosto che l'esercizio dei connessi poteri è compatibile con la disciplina dell'Unione a condizione che i conseguenti limiti alla libertà di circolazione dei capitali rispondano ad autentiche esigenze di sicurezza e di ordine pubblico o reali motivi imperativi di interesse generale". Cfr. R. Garofoli, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative,* in *www.federalismi.it,* n. 17/2019, p. 9.

Tale orientamento ha obbligato il legislatore nazionale ad intervenire nuovamente[623] nel 2000 al fine rendere di rendere tale istituto compatibile con i principi dei Trattati europei, inclusi quelli di oggettività, proporzionalità e non discriminazione.

Si è, quindi, registrato il passaggio da un sistema di *golden share* ad uno di *golden powers,* caratterizzato per la definizione di poteri di tipo prescrittivo, interdittivo ed oppositivo[624] che è stato confermato con il decreto legge n. 21/2012[625] che ha interrotto quello che è stato definito il *legame genetico con i processi di privatizzazione*[626], superando la precedente impostazione che circoscriveva l'azione ai soli casi di *ex* imprese pubbliche e valorizzando appieno i poteri regolatori in un determinato settore, anche grazie al passaggio da un ambito prettamente privatistico ad una normativa di carattere pubblicistico.

Nello specifico, infatti, nei settori della sicurezza[627] della difesa, della difesa nazionale, dei trasporti, delle comunicazioni e dell'energia è stato legittimato l'esercizio di poteri speciali nelle ipotesi in cui possa scaturire "una situazione, non disciplinata dalla normativa

[623] Il riferimento è, nello specifico al Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, 11 febbraio 2000, *Definizione dei criteri di esercizio dei poteri speciali di cui all'art. 2 del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, ai sensi dell'art. 66, comma 4, della legge 23 dicembre 1994, n. 448;* Legge 24 dicembre 2003 n. 350, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2004);* Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, 10 giugno 2004, *Definizione dei criteri di esercizio dei poterei speciali, di cui all'art. 2 del decreto legge 31 maggio 1994 n. 332, convertito, con modificazioni, con legge 30 luglio 1994 n. 474.* Tali interventi hanno come è noto determinato il passaggio da un sistema di autorizzazione preventiva ad uno di opposizione, rispondente alle disposizioni europee, azionabile solo in presenza di un pregiudizio agli interessi vitali dello Stato.

[624] Secondo questa rinnovata impostazione, quindi, speciale " *non è più l'azione detenuta ma l'intervento esercitato dallo Stato".*Cfr. F. Bassan, *Dalla Golden share al golden power: il cambio di paradigma europeo nell'intervento dello Stato sull'economia,* in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, p. 147; Cfr. inoltre A. Sacco Ginevri e F. M. Sbarbaro, *La transizione dalla golden share nelle società privatizzate ai poteri speciali dello Stato nei settori strategici: spunti per una ricerca,* in *Le nuove leggi civ. comm.,* 2013, p. 147; C. San Mauro, *I poteri speciali del governo nei confronti delle società che operano nei settori strategici: dalla golden share ai golden powers,* in *Il foro amm*., II, 2015, p. 2955; G. Sarchillo, *Dalla* golden share *al* golden power*: la storia infinita di uno strumento societario: Profili di diritto europeo e comparato,* in *Contratto e impresa/Europa,* n. 2/2015, p. 619; R. Garofoli, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative,* cit..

[625] Decreto Legge 15 marzo 2012 n. 21, Norme in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonche' per le attivita' di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni

[626] Cfr. R. Garofoli, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative,* cit, p. 10

[627] In merito alla rilevanza interna ed esterna della nozione di sicurezza nazionale si è pronunciata in più occasioni la Corte Costituzionali sottolineando la prevalenza di tale valore rispetto agli altri di rango costituzionale primario "fisiologicamente destinati a rimanere recessivi" in quanto "la sicurezza dello Stato costituisce interesse essenziale, insopprimibile della collettività, con palese carattere di assoluta preminenza su ogni altro, in quanto tocca l'esistenza stessa dello Stato". Cfr. Corte Costituzionale, s.n. 86/1977, in *www.cortecostituzionale.it.* Cfr. inoltre Corte Costituzionale, s.n. 110/1998, in *Giur. cost.,* 1998, p. 929; Corte Costituzionale, s.n. 106/2009, in *Cass. pen*. N. 10/2009, p. 3703; s.n. 40/2012, in *Cass. pen.*, n. 10/2012, p. 3261; s.n. 24/2014, in *Foro it*., n. 4/2014, I, p. 1020.

nazionale ed europea di settore" e di "minaccia di grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti"[628].

Da ultimo si evidenzia come, anche in considerazione dell'evoluzione dell'atteggiamento della Commissione in riferimento ai *golden powers*[629], il legislatore nazionale è nuovamente intervenuto[630] introducendo rilevanti novità in materia attraverso l'estensione degli ambiti di applicazione dei poteri governativi anche ai c.d. settori ad alta tecnologia, tra cui rientrano i servizi di comunicazione elettronica a banda larga basati su tecnologia 5G, e l'aggiunta, tra i criteri di valutazione delle operazioni in tali ambiti, anche del "pericolo e la sicurezza e per l'ordine pubblico"[631].

[628] Articolo, decreto legge n. 56/2012. In queste occasioni il Governo può imporre specifiche condizioni relative alla sicurezza degli approvvigionamenti, alla sicurezza delle informazioni, ai trasferimenti tecnologici, porre il veto all'adozione di delibere dell'assemblea e opporsi all'acquisto, a qualsiasi titolo, di partecipazioni.

[629] Il riferimento è alla Comunicazione della Commissione del 7 luglio 2010, *Towards a comprehensive European international investment policy*, COM (2010) 343 ed alla Comunicazione 13 settembre 2017, *Accogliere con favore gli investimenti esteri diretti tutelando al contempo gli interessi generali*, COM(2017) 494. Come è noto, infatti, in quest'ultimo documento, consapevole dei potenziali risvolti politico- strategici dovuti all'aumento degli investimenti esteri diretti ha precisato come "sussiste il rischio che in singoli casi gli investitori stranieri possano cercare di acquisire il controllo o di esercitare influenza nelle imprese europee le cui attività hanno ripercussioni sulle tecnologie cruciali, sulle infrastrutture, sui fattori produttivi o sulle informazioni sensibili. Il rischio sorge anche e soprattutto quando gli investitori stranieri sono statali o controllati dallo Stato, anche mediante finanziamenti o altri mezzi".

[630] Il riferimento è al Decreto Legge 16 ottobre 2017 n. 148, Disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili, convertito con modificazioni dalla Legge 4 dicembre 2017, n. 172 ed al Decreto Legge 25 marzo 2019, n. 22, *Misure urgenti per assicurare sicurezza, stabilita' finanziaria e integrita' dei mercati, nonche' tutela della salute e della liberta' di soggiorno dei cittadini italiani e di quelli del Regno Unito, in caso di recesso di quest'ultimo dall'Unione europea*, convertito con modificazioni dalla Legge 20 maggio 2019 n° 41 ed al Decreto Legge 21 settembre 2019 n° 105, *Disposizioni urgenti in materia di perimetro di sicurezza nazionale cibernetica ((e di disciplina dei poteri speciali nei settori di rilevanza strategica)*, convertito con modificazioni dalla Legge 18 novembre 2019 n° 133. Cfr. sul punto R. Magliano, *Tutela degli interessi strategici e controllo degli investimenti esteri diretti: La proposta di regolamento delle istituzioni europee*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2018, p. 699 ss.; F. Ghezzi e M. Botta, *Standard di valutazione, interessi nazionali ed operazioni di concentrazione in Europa e negli Stati membri, tra spinte centrifughe ed effetti di spill-over*, in *Rivista delle Società*, 2018, p. 1047 ss; A.Triscornia, *Golden Power: un difficile connubio tra alta amministrazione e diritto societario*, in *Rivista delle Società*, 2019; M. D'Alberti, *Il controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in G. Napolitano (a cura di), *Foreign Direct Investment Screening, Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, Bologna, 2019, 83 ss.; S. Alvaro, M. Lamandini, A. Police e I. Tarola, *La nuova via della seta e gli investimenti esteri diretti in settori ad alta intensità tecnologica. Il Golden Power dello Stato italiano e le infrastrutture finanziarie*, in *Quad. giur. Consob*, Roma, 2019, p. 43 ss.; A. Sacco Ginevri, *L'espansione dei golden powers tra sovranismo e globalizzazione*, in *Rivista Trimestrale di diritto dell'economia*, 2019, p. 151 ss.; G. Napolitano, *L'irresistibile ascesa dei golden powers e la rinascita dello Stato doganiere*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5/2019, p. 549 ss; M. Clarich, *La disciplina del golden power in Italia e l'estensione dei poteri speciali alle reti 5G*, in G. Napolitano (a cura di), *Foreign Direct Investment Screening-Il Controllo sugli investimenti esteri diretti*, Bologna, 2019, p. 121 ss.

[631] Al riguardo è stato evidenziato come "la casistica di sicurezza nazionale è destinata ad avere crescente importanza, principalmente per il cambio di paradigma tecnologico attuale, in cui sia le telecomunicazioni

In conseguenza di questa ulteriore evoluzione si è correttamente sottolineato come, in considerazione dell' evoluzione dei *golden powers,* lo Stato non indossi più soltanto la veste di regolatore ma debba ricoprire anche quella di *stratega* in quanto il "ruolo dello Stato, nell'esercizio dei poteri indicati, è non più quello di semplice regolatore, non dovendo mancare nei decisori pubblici una capacità di analisi strategica di tipo anche geoeconomico e geopolitico, naturalmente saldamente poggiante su verifiche e valutazioni tecniche complesse"[632].

Nell'ambito di tale rinnovata impostazione si innesta il recentissimo intervento del legislatore che, nel c.d. Decreto Liquidità[633], al fine di fronteggiare gli effetti dell'emergenza Covid, ha adottato provvedimenti finalizzati alla salvaguardia degli asset strategici con intenti dissuasivi per le operazioni motivate da intenti predatori.

Allineandosi a quanto previsto in ambito europeo[634] si è esteso il perimetro oggettivo di applicazione dei *golden powers* anche nei confronti delle imprese che detengono beni e

che le reti di trasmissione energetiche, acquistando maggiore profondità tecnologica con le nuove modalità di connessione, divengono, allo stesso tempo più vulnerabili del passato". Cfr. R. Garofoli, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative,* cit., p. 9.

[632] Cfr. sul punto R. Garofoli, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative,* cit., p. 9. Cfr. inoltre A. Aresu e L. Gori, *L'interesse nazionale: la bussola dell'Italia,* Bologna, 2018.

[633] decreto legge 8 aprile 2020, n. 23, *Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonche' interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali.*

[634] Il riferimento è al Regolamento UE 452/19 che, ancor prima dell'emergenza Covid, riconosceva agli Stati membri la competenza esclusiva degli Stati in ambito di sicurezza nazionale ed il diritto di tutela gli interessi essenziali secondo quanto previsto dall'articolo 346 TFUE. Nello specifico il Regolamento ha istituito un sistema comune di monitoraggio e di cooperazione per gli Stati al fine di definire un sistema di monitoraggio e di comunicazione per scongiurare possibili investimenti esteri diretti potenzialmente preoccupanti per la sicurezza e l'ordine pubblico. Come è noto, inoltre, la Commissione è recentemente intervenuta con due comunicazioni richiamando l'attenzione dei singoli Stati chiamati ad utilizzare tutti gli strumenti possibili per evitare che l'impatto della pandemia possa determinare una perdita di risorse e tecnologie critiche. Cfr. Comunicazione della Commissione, 13 marzo 2020 (2020/C91I/01), *Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza Covid-19;* Comunicazione della Commissione, 26 marzo 2020 (2020/C/99 I/01), *Orientamenti per quanto riguarda gli investimenti esteri diretti e la libertà di circolazione dei capitali provenienti da paesi terzi, nonché la protezione delle attività strategiche europee, in vista dell'applicazione del regolamento (UE) 2019/452.* Nello specifico la Commissione raccomanda l'adozione di misure non "ispirate a motivi di natura puramente economica" ma quanto più "adeguate, necessarie e proporzionate" rispetto al conseguimento di "motivi imperativi di interesse generale" quale "l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la sanità pubblica".

rapporti[635], inclusi il settore finanziario, creditizio e assicurativo[636] chiarendo, al tempo stesso, che i poteri speciali potranno essere esercitati nei *nuovi* settori nelle ipotesi in cui "la tutela degli interessi essenziali dello Stato, ovvero la tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico non sia adeguatamente garantita dalla sussistenza di una specifica regolamentazione di settore"[637].

Tra le novità di maggiore rilevanza rientrano, senza dubbio, il parziale superamento , in merito ai settori di energia, trasporti e comunicazioni, di quel regime di favore previsto per gli investitori europei, attraverso la definizione di una normativa unitaria volta a rendere irrilevante, da un punto di vista soggettivo, l'appartenenza o meno all'Unione Europea[638] ed, allo stesso modo, l'attribuzione alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, del potere di svolgere, d'ufficio, la procedura volta all'esercizio dei *golden powers* anche in assenza di notifica da parte dei soggetti interessati, rafforzando, di fatto, il potere istruttorio e decisionale della stessa[639].

All'intervento dello *Stato stratega* volto a tutelare, attraverso i *golden powers,* gli interessi pubblici essenziali nelle ipotesi di grave minaccia si affianca il ritorno attivo dello *Stato imprenditore*, nel settore del trasporto aereo[640], grazie a quanto previsto dal c.d. Decreto

[635] Nello specifico il riferimento è ai seguenti settori; a)infrastrutture critiche, siano esse fisiche o virtuali tra cui l'energia, i trasporti, l'acqua, la salute, le comunicazioni, i media, il trattamento o l'archiviazione di dati, le infrastrutture aerospaziali, di difesa, elettorali o finanziarie, e le strutture sensibili, nonché gli investimenti in terreni e immobili fondamentali per l'utilizzo di infrastrutture; b)tecnologie critiche e prodotti a duplice uso tra cui l'intelligenza artificiale, la robotica i semi conduttori, la cibersicurezza, le tecnologie aereospaziali, di difesa, di stoccaggio dell'energia, nanotecnologie e biotecnologie; c)sicurezza e approvvigionamento di fattori produttivi critici, tra cui l'energia e le materie prime, nonché la sicurezza alimentare; d)accesso a informazioni sensibili compresi i dati personali o la capacità di controllare tali informazioni e)settori attinenti la libertà e il pluralismo dei media.

[636] Come è noto tali settori erano stati già previsti dal Regolamento UE 452/19 le cui disposizioni avrebbero dovuto trovare attuazione a partire dall'ottobre 2020.

[637] Articolo 15 comma 1 Decreto Liquidità. Si tratta di una previsione dettata dalla necessità di rendere compatibile l'esercizio dei poteri speciali con le discipline speciali che regolano, nel dettaglio, i settori di nuova introduzione tra cui figurano quelli bancario e assicurativo.

[638] Nello specifico è stato infatti stabilito l'obbligo di notifica per tutte quelle operazioni poste in essere "da soggetti esteri, anche appartenenti all'Unione Europea" capaci di generare un insediamento stabile in una società operante in settori strategici.

[639] Per una analisi più approfondita si rinvia a P. Caggiano, *Covid-19. Misure urgenti sui poteri speciali dello Stato nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni,* in *www.federalismi.it,* 29 aprile 2020.

[640] Come è noto, infatti, il settore aereo è stato uno dei più colpiti dall'emergenza Covid-19 tanto da obbligare gli Stati europei ad intervenire in maniera determinante attraverso una iniezione di liquidità ed il ritorno dello Stato nella compagine azionaria di molte compagnie. Si vedano ad esempio i casi di Lufthansa e di Air France-KLM per le quali i governi tedesco e francese hanno predisposto importanti interventi attraverso l'erogazione di aiuti di Stato non escludendo una nazionalizzazione temporanea delle stesse.

Cura Italia[641] e dal c.d. Decreto rilancio[642], con i quali si è stabilita la ri-nazionalizzare dell'ex compagnia di bandiera, Alitalia, attraverso la creazione di una nuova società a totale partecipazione pubblica[643].

Al fine di legittimare tale intervento e renderlo compatibile con la normativa europea il legislatore ha formalmente riconosciuto l'epidemia Covid- 19 come calamità naturale ed evento eccezionale per il trasporto aereo, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 107 comma 2 lett. b) TFUE che, come è noto, rende compatibili con il mercato interno gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali.

Nello specifico, quindi, il c.d. Decreto Cura Italia, nell'istituire un apposito fondo per l'attuazione di tali disposizioni, ha autorizzato la costituzione di una nuova compagine societaria interamente controllata dal Ministero dell'economia e delle Finanze, ovvero controllata da una società a prevalente partecipazione pubblica anche indiretta, il cui atto costitutivo dovrebbe essere definito con uno o più decreti del Ministro dell'economia e delle finanze, di natura non regolamentare, sottoposti alla registrazione della Corte dei Conti, con i quali definire l'oggetto sociale, lo Statuto e il capitale sociale iniziale[644].

Allo stesso modo deve evidenziarsi come, con la stessa norma, si sia deciso di agire in deroga alla normativa in materia di società pubbliche sulla base di quanto previsto dallo stesso Testo unico[645] che attribuisce al Presidente del Consiglio dei Ministri la facoltà di escludere, con proprio decreto emanato nel rispetto del vincolo di scopo previsto dal legislatore, totalmente o parzialmente, singole società partecipate dall'applicazione del testo unico tenendo conto del tipo di partecipazione, degli interessi pubblici connessi ed dell'attività svolta dalla società[646].

---

[641] Decreto-Legge, 17 marzo 2020, n. 18, *Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19,* convertito con modificazioni dalla Legge 24 aprile 2020, n. 27

[642] Decreto-Legge 19 maggio 2020 n° 34, *Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonche' di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19.*

[643] Si tratta di un'operazione oggetto di acceso scontro anche e soprattutto in considerazione della straordinaria carica ideologica che ha caratterizzato il dibattito sulla questione Alitalia negli ultimi decenni. Non essendo possibile in questa sede ripercorrere l'intero percorso di Alitalia si rinvia, per una analisi più approfondita al testo rinvenibile sul sito della Camera dei Deputati dal titolo " *Il sistema aereoportuale e il trasporto aereo,* in *www.camera.it,* 30 marzo 2020.

[644] Il riferimento è all'articolo 79 commi 3, 4, 5, 6, 7, 8 del Decreto Cura Italia.

[645] Decreto Legislativo 19 agosto 2016 n° 175, *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*

[646] La nuova norma prevede, l'esclusione, per la nuova società, dell'applicazione del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica. Come è noto, dando attuazione alla *voluntas* legislativa indirizzata verso un'importante limitazione dello strumento societario da parte delle amministrazioni pubbliche, il Testo

A ciò si aggiunga come siano state previste, come conseguenza diretta dell'epidemia, delle misure compensative per le imprese di trasporto aereo passeggeri che esercitano oneri di servizio pubblico in considerazione dei danni subiti dall'intero settore di aviazione a causa dell'insorgenza dell'epidemia al fine di consentire la prosecuzione dell'attività.

La *voluntas* legislativa di (ri) nazionalizzare Alitalia quale conseguenza dell'emergenza, esaminata e, anche se non completamente, legittimata in ambito europeo[647], è stata confermata nel recente Decreto[648] rilancio con il quale, si è avvalorato un piano industriale di sviluppo e ampliamento dell'offerta della nuova compagine anche attraverso la definizione di *partnership* industriali e commerciali e di alleanze strategiche[649].

Dall'analisi di questa ultima disposizione[650] può senza dubbio evincersi quindi, anche per la smisurata dotazione patrimoniale stanziata per tale operazione[651], l'intento ambizioso di sviluppo e rilancio di una società interamente pubblica in un settore, quello dell'aviazione, ritenuto, da parte del Governo, strategico per il paese e sul quale investire in termini politici e, soprattutto, economici.

4. Riflessioni conclusive.

Unico ridefinisce il processo decisionale e gli obblighi motivazionali necessari per la costituzione di una nuova società a partecipazione pubblica e per l'acquisizione di partecipa zioni, prevedendo ipotesi più complesse e rigorose rispetto a quelle del passato, anche attraverso il coinvolgimento della Corte dei Conti e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Per questo motivo, viene prescritto che l'atto deliberativo dovrà tener conto della necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali; delle ragioni e delle finalità che giustificano tale scelta sia sotto il profilo della convenienza economica, sia sotto il profilo della sostenibilità finanziaria; della possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate; della possibilità della gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato; della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa; della compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei, ed, in particolare, con la materia degli aiuti di stato alle imprese. Per un'analisi più approfondita sia consentito il rinvio a a A. Napolitano, *Economia sociale di mercato e tutela dei diritti. Servizi essenziali e forme di gestione*, cit.

[647] Il Commissario europeo alla concorrenza Margaret Vestager ha dichiarato :"Sulla proprietà siamo neutri, in situazioni come queste può darsi che uno Stato compri le azioni di una compagnia. Se si tratterà di aiuti di Stato o meno, dipenderà dal modo in cui l'operazione verrà portata a termine. Se verrà fatta sul mercato, a prezzi di mercato non sarà un problema, visto che in questo momento i prezzi sono bassi. Ma se lo si farà in altro modo, potrebbe nascere un contenzioso con tanto di notifica individuale", in *www.lastampa.it,* 5 maggio 2020.

[648] Il riferimento è all'articolo 202 del Decreto rilancio.

[649] Per tale scopo la società viene, inoltre, autorizzata ad acquisire rami d'azienda da società anche in amministrazione straordinaria e a trattativa diretta.

[650] Nel momento in cui si scrive le norme previste dal Decreto rilancio non sono state ancora oggetto di analisi del Parlamento in sede di conversione del decreto legge.

[651] Dei cinquantacinque miliardi stanziati dal Decreto rilancio, tre sono stati predisposti per l'operazione Alitalia.

Sulle base delle considerazioni svolte è possibile evidenziare come il legislatore nazionale, legittimato e sostenuto anche da quanto stabilito dalla Commissione europea[652], sia intervenuto tempestivamente ed in maniera proporzionata rispetto ai rischi riconducibili all'emergenza sanitaria, andando a rafforzare, attraverso l'estensione dei c.d. *golden powers*[653], gli strumenti volti a tutelare gli *asset* strategici nazionali rendendo, altresì, maggiormente efficaci le ultime previsioni europee in materia.

Superata la fase dell'emergenza sarà però imprescindibile definire accuratamente la fase di attuazione delle disposizioni emanate, prestando particolare attenzione a garantire quel giusto e proporzionato contemperamento tra quei *motivi imperativi di interesse primario*, che oggi motivano l'intervento, ed altre libertà costituzionalmente garantite, tra le quali rientra la libertà di iniziativa economica dei privati.

Alla luce di tali presupposti appare quindi primariamente necessario un complessivo ed organico riordino, a livello generale, della normativa in materia di poteri speciali (disciplinati in questi ultimi anni in maniera ingiustificatamente frammentaria) anche in ragione degli importanti interessi nazionali, pubblici e privati, coinvolti e dei rilevanti limiti presenti nell'ordinamento europeo.

Nell'ottica dell'impostazione di una corretta ed efficiente fase di esecuzione, anche grazie alla definizione di un provvedimento normativo con il quale individuare specificamente le attività e i beni dei nuovi settori aventi natura strategica, appare peraltro di particolare interesse la proposta avanzata da parte della dottrina[654] di attivazione di una piattaforma istituzionale di dialogo, tra Presidenza del Consiglio, imprese e parti sociali. Da essa potrebbe infatti derivare l'instaurazione di un confronto preventivo capace di analizzare i profili di rischio connessi all'operazione e ricondurre l'utilizzo dei poteri speciali ai soli casi in cui vi sia l'effettiva esigenza di tutela di preminenti interessi nazionali.

Sulla base di questa prospettiva è possibile evincere, inoltre, come la scelta di investire sulla (ri)nazionalizzazione di Alitalia debba essere considerata non solo nell'ottica di risolvere le problematiche contingenti prima ricordate ma anche, e soprattutto, in quella di

[652] Cfr. nota 67.
[653] Cfr. nota 70.
[654] Cfr. G.Napolitano, *I golden powers italiani alla prova del Regolamento Europeo in Foreign Direct Investment Screening*, in G. Napolitano (a cura di), *Foreign Direct Investment Screening-Il Controllo sugli investimenti esteri diretti*, Bologna, 2019, p. 121 ss.

immaginare quale impatto dirompente avrà tale rinnovata impostazione sul ruolo che lo Stato sarà chiamato a svolgere, nella fase successiva all'emergenza sanitaria, in ambito economico.

Al riguardo si ricorda, infatti, come gli ultimi anni siano stati contraddistinti, in modo particolare[655], da una estrema limitazione dell'intervento dello Stato per motivi di contenimento della spesa ed in conseguenza di esperienze fallimentari e non rispettose del criterio di economicità[656] avutesi specificamente nel settore dei servizi pubblici ed in situazioni di monopoli naturali[657].

La gestione del *caso* Alitalia rientra, a pieno titolo, tra gli esempi maggiormente problematici degli ultimi anni per discutibili scelte politiche e programmi economico-finanziari rivelatisi oltremodo controproducenti avendo reso, tra l'altro, improbabile qualsiasi tipo di investimento privato.

Prescindendo da questioni ideologiche ed economiche sottese a tale decisione, aspetti che hanno caratterizzato tuttavia il dibattito sul punto e forse influenzato le azioni, l'ennesima (ri)nazionalizzazione (totale) di Alitalia può essere quindi giustificata e legittimata solo, ed esclusivamente, in considerazione degli effetti dell'emergenza Covid- 19 sul settore aereo che hanno imposto, come ricordato, anche un *temporary framework* nella materia degli aiuti di Stato da parte della Commissione Europea. Tuttavia, sin da questa fase, non appare possibile prescindere dalla valutazione dell'impatto e delle ripercussioni che i

---

[655] Allo stesso modo è necessario aver presente e ricordare, altresì, la presenza di molte imprese pubbliche dimostratesi efficienti, non solo nel senso di minimizzazione dei costi e/o massimizzazione della produttività, ma anche in un'ottica di capacità di innovazione, progresso tecnico e contributo alla stessa modernizzazione del paese, generando, di conseguenza, benefici anche per i privati.

[656] Si tratta di un criterio che, oltre a ricevere piena legittimazione costituzionale nell'articolo 97 Cost., è stato considerato, non solo negli ultimi anni di razionalizzazione di spesa pubblica, elemento imprescindibile ed irrinunciabile da rispettare per l'esercizio dell'azione amministrativa da parte di soggetti pubblici chiamati ad operare sul mercato. Per un'analisi approfondita dell'inscindibile rapporto tra imprese pubbliche e criterio di economicità Cfr. tra i tanti A .Francesconi , *La scelta del modello di gestione dei servizi,* in A. Zangrandi (a cura di), *Autonomia ed economicità nelle aziende pubbliche,* Milano, 1994, p. 283; L. Anselmi., *Autonomia e capacità manageriale per le gestioni competitive,* in L. Robotti, (a cura di), *I servizi pubblici locali in uno scenario competitivo,* Supplemento a Economia Pubblica, n. 3/1997, p. 105; S. Terzani., *Lineamenti di pianificazione e controllo,* Padova, 1999; K.A. Merchant e A. Riccaboni, *Il controllo di gestione,* Milano, 2001; A. Pericu , *Impresa ed obblighi di servizio pubblico. L'impresa di gestione di servizi pubblici locali,* Milano, 2001, p. 311; A. Papa , *Le imprese pubbliche tra Costituzione ed ordinamento comunitario*, in S. Labriola e A. Catelani (a cura di), *La Costituzione materiale: percorsi culturali e attualità di un'idea*, Milano, Giuffrè, 2001; V. Cerulli Irelli , *Impresa pubblica nella Costituzione economica italiana,* in *www.astrid.it,* 12 maggio 2009; A. Papa, *Passato e futuro delle nazionalizzazioni tra dettato costituzionale e principi europei,* Relazione al Convegno tenutosi il 4-5 marzo 2019 presso l'Università degli Studi di Milano dal titolo " *Costituzione economica, integrazione sovranazionale, effetti della globalizzazione,* cit.

[657] Cfr. A. Lucarelli, *Il servizio idrico integrato in una prospettiva di ridimensionamento della regola della concorrenza*, cit.

provvedimenti emanati in questo momento di emergenza avranno sul futuro, imponendo, di conseguenza, l'irrinunciabile necessità di stabilire, in maniera imprescindibile e definita, una fondamentale distinzione tra quegli elementi dell'attuale processo di rinazionalizzazione di Alitalia che presentano natura contingente e quelli che costituiscono, invece, la base per un ripensamento, in positivo, della presenza dello Stato imprenditore.

Nello specifico, infatti, lo straordinario ricorso a risorse monetarie avvenuto in questo momento di emergenza, giustificato dalla necessità di fronteggiare le esigenze del presente, porterà, come è logico, ad un aumento incontrollato del già enorme debito pubblico che potrebbe compromettere irrimediabilmente importanti opportunità di sviluppo non solo per le generazioni presenti ma anche per quelle prossime future, rallentandone fortemente la crescita ed il progresso[658].

Per tali motivi, lungi dall'auspicare "una mera ri-attribuzione di fiducia alle forme pubblicistiche, che non hanno dato particolare prova di efficienza in riferimento soprattutto all'esigenza di garantire l'economicità della gestione"[659], è indispensabile immaginare un intervento pubblico nell'economia, che resta l'unica vera ancora di salvataggio per superare gli effetti devastanti che il Covid-19 avrà sull'economia, guidato dal rispetto delle disposizioni europee, attraverso un uso razionale del *temporary framework,* e vincolato alla necessaria verifica dell'utilità e funzionalità dello strumento rispetto agli obiettivi prefissati.

L'obbligo di intervenire in maniera immediata non può quindi in ogni modo legittimare il ritorno ad una politica disattenta alla programmazione per il futuro, destinata a creare i

[658] Per un'analisi più approfondita si rinvia a R. Bifulco, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008. Al riguardo l'Autore immagina la responsabilità intergenerazionale come "le possibili forme di tutela giuridica, azionabili dagli uomini appartenenti alla generazione vivente, a favore degli interessi degli uomini ancora non esistenti si noti come la problematica della tutela dei diritti delle generazioni ancora non esistenti". Cfr. sul punto F. Balaguer, *La dimensione costituzionale dello Stato sociale di Diritto*, in *Studi in onore di Francesco Gabriele*, Bari, 2016, pp. 14-15. Cfr. inoltre sul punto A. Papa e G. Palombino, *Abuso del diritto e responsabilità intergenerazionale: prime note di una riflessione in divenire*, in L. Carpentieri (a cura di), *L'abuso del diritto. Evoluzione del principio e contesto normativo*, Torino, 2018. Cfr. Cfr. infine Corte Costituzionale, s.n. 18/2019, in *Foro it.*, 2020, I, 75 con commento di G. Palombino, *La solidarietà generazionale alla luce* della sentenza n. 18 del 2019 della Corte Costituzionale, in www.deiustitia.it, n. 2/2019, p. 5 secondo il quale "appare condivisibile affermare che la tutela delle generazioni future sia un principio insito nel concetto stesso di Costituzione rigida e non possa, pertanto, che trovare una autonoma tutela anche all'interno della Costituzione italiana; infatti, imponendo un vincolo al legislatore rispetto alla modificabilità dei valori cristallizzati nella Carta repubblicana, il Costituente ha disposto anche – e, forse, soprattutto – per il futuro"

[659] Cfr. A. Papa, *Passato e (incerto) futuro delle "nazionalizzazioni" tra dettato costituzionale e principi europei*, in P. Bilancia, *Costituzione economica, integrazione sovranazionale, effetti della globalizzazione*, cit, 168.

presupposti per un sistema socioeconomico, come quello attuale, fortemente vulnerabile, ma deve, al contrario, imporre, nonostante tutto, scelte avvalorate da una prospettiva intergenerazionale quale vero e proprio fulcro, soprattutto in momento di crisi, delle decisioni pubbliche che verranno prese nei prossimi mesi.

Abstract: Il presente lavoro intende indagare l'inscindibile nesso tra alcuni degli effetti prodotti dall'epidemia da Covid-19 in ambito economico ed il rinnovato ruolo dello Stato nell'economia, chiamato ad intervenire, come indicato dalla Costituzione, per rimuovere, o almeno attenuare le diseguaglianze derivanti da situazioni economiche e sociali, nonché ad incidere sugli ostacoli al pieno sviluppo della persona umana.
La presenza, anche autoritativa, dello Stato in ambito economico, conseguente ad un temporary framework alla normativa europea in materia di concorrenza, ha infatti legittimato alcuni interventi normativi volti a contrastare l'emergenza tra cui rientrano l'estensione dei c.d. golden powers a nuovi settori economici e la (ri) nazionalizzazione di Alitalia.
Dall'analisi di tali provvedimenti sarà possibile evidenziare come lo Stato sia chiamato a svolgere non più soltanto la veste di imprenditore ma debba ricoprire anche quella di *stratega* in considerazione della necessaria analisi strategica posta alla base di tutte le proprie azioni.

Abstract: This paper intends to investigate the inextricable link between some of the effects produced by the Covid-19 epidemic in the economic setting and the renewed role of the State in the economy, called to intervene, as indicated by the Constitution, to remove, or at least mitigate the inequalities resulting from economic and social situations, as well as to limit the obstacles to the full development of the human person.
The presence, even authoritative, of the State in the economic setting, consequent to a temporary framework of European competition law, has in fact legitimised some regulatory interventions aimed at fighting the emergency which includes the extension of the so-called golden powers to new economic sectors and the (re) nationalisation of Alitalia.
From the analysis of these measures, it will be possible to highlight how the State is called to carry out not only the role of entrepreneur but it must also cover the one of *strategist* in consideration of the necessary strategic analysis underlying all its actions.

Parole chiave: Covid – politiche pubbliche – poteri speciali – nazionalizzazione – normativa temporanea.

Key words: Covid – public policies – golden powers – nationalization – temporary framework.

UN'ALTRA EMERGENZA PER L'UNIONE EUROPEA: TRA INTERVENTO PUBBLICO E GOVERNANCE*.

di Leonardo Pasqui**

Sommario. 1. Introduzione. – 2. La crisi del debito pubblico: tanti Stati, meno Stato. – 3. L'emergenza climatica: segnali di un cambiamento. – 4. L'emergenza Coronavirus. Un punto di svolta per l'Unione Europea?

1. Introduzione.

"L'Unione Europea vive di crisi"[660].

"L'Unione Europea non si farà tutta in una volta, ma a piccoli passi"[661].

Queste due affermazioni sono state sempre rievocate quando il processo di integrazione nel vecchio continente ha subito brusche frenate, o nei molti casi in cui si è dovuto affrontare problemi politici di carattere internazionale[662]. Molti commentatori hanno sottolineato come le difficoltà incontrate dall'UE nei momenti di emergenza abbiano fatto emergere come "la governance europea, lungi dall'avvicinarsi a un sistema di government, e tantomeno a un modello di governo costituzionale e democratico, ha subito piuttosto, un processo involutivo che si è compiuto prevalentemente con un ulteriore rafforzamento della dimensione intergovernativa e un fenomeno più generale di fuga dal diritto dell'Unione"[663]. Ciò è avvenuto, probabilmente, a causa di numerose e differenti crisi che hanno attraversato il continente nel decennio appena trascorso, sulle quali i singoli Stati membri volevano

---

* *Sottoposto a referaggio*.

** Dottorando di ricerca in Diritto europeo – Università di Bologna "Alma Mater Studiorum".

660 H. Schmidt, Bundestagsreden und Zeitdokumente, Bonn, Bertelsmann Verlag, 1975, 249, pubblicata in italiano in B. Olivi (a cura di), *Discorsi per l'Europa*, Roma, Presidenza del Consiglio dei ministri, 1987, p. 246.

661 J. Monnet, *Memoirs. The Architect and Master Builder of the European Economic Community*, trad. inglese, New York, Doubleday, 1978, p. 46.

662 Per una ampia analisi si rimanda a S. Cassese, *L'Europa vive di crisi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/2016.

663 L. Frosina, *La crisi "esistenziale" dell'Unione Europea tra deriva intergovernativa e spinte centrifughe,* in Nomos, n. 2/2018, p. 2.

giocare un ruolo attivo per la loro soluzione: ricordiamo la crisi economica, la crisi dei migranti, *Brexit*, fino alle tensioni con alcuni paesi dell'Est, Ungheria e Polonia su tutti, circa la salvaguardia dello Stato di diritto.

Se è certo che tutte queste situazioni abbiano messo sempre più in difficoltà l'impalcatura istituzionale europea, producendo un rafforzamento di politiche nazionali a discapito del livello sovranazionale, ciò nonostante sembra opportuno riflettere più approfonditamente su alcuni aspetti, collegati alla sfera del diritto dell'economia. Un primo tema riguarda il tipo di crisi che l'UE ha dovuto affrontare negli ultimi dieci anni, facendo riferimento nello specifico ai *piccoli passi* svolti dalla *governance* europea, quando si è trovata in presenza di una emergenza. Infatti, gli anni Dieci del XXI secolo si caratterizzavano per giungere subito dopo l'approvazione e l'entrata in vigore dei Trattati europei, avvenuta il 1° dicembre 2009, che dovevano rappresentare una sistematizzazione dell'assetto istituzionale e, allo stesso tempo, delineare la capacità di movimento della *governance* europea. Tuttavia, negli ultimi dieci anni l'Unione Europea ha vissuto almeno tre situazioni, in campo economico, che sono state catalogate sia dalle istituzioni sia dall'opinione pubblica come emergenze, vale a dire la crisi del debito pubblico greco, l'emergenza climatica e infine il Coronavirus.

Tutte queste situazioni, per quanto differiscano tra loro per origine, impatto e caratteristiche, mostrano essenzialmente due aspetti problematici dell'assetto europeo. Il primo riguarda il rapporto tra Stato e mercato, il quale ha subito alcune variazioni nel corso degli ultimi anni, passando dalle rigide regole sull'austerità, impiegate durante la crisi dei debiti pubblici, ad una visione in cui lo Stato torna ad essere un attore del mercato. La necessità della presenza statale si è declinata sotto molti aspetti, economici, ambientali o medicali, ma ciò che importa qui sottolineare è il crescente utilizzo dell'intervento pubblico in Europa, segnando un cambio di passo rispetto all'idea con cui si è interpretato il ruolo dello Stato, all'interno dell'UE, rispetto all'economia[664]. Questo ci porta al secondo aspetto, ovvero che le crisi affrontate si caratterizzano per una dimensione sovranazionale, se non internazionale; ciò nonostante l'Unione Europa non è stata sempre individuata come il soggetto migliore attraverso il quale rispondere all'emergenza. Questo forse perché "l'UE viene considerata incompleta quando non arriva dove gli Stati non riescono ad

[664] Cfr. G. Luchena, *Vincoli finanziari europei e ruolo dello Stato nell'economia*, in *Euro-Balkan Law and Economics Review*, n. 1/2020.

arrivare, ma il medesimo parametro non viene invece applicato agli Stati nazionali. Questi sono considerati "completi" anche se e quando non riescono a garantire il controllo delle frontiere, o il buon funzionamento dei mercati finanziari o la modernizzazione dei sistemi di welfare"[665].

La problematica che ne deriva interessa lo spazio europeo, inteso come luogo di tutela della concorrenza, il quale deve sempre più confrontarsi con esigenze che trovano risposta al di fuori del mercato comune e, in particolare, nello Stato. Emerge, tuttavia, chiaramente come gli strumenti a disposizione dell'UE, al fine di tutelare proprio lo spazio europeo, non sempre si siano dimostrati adatti in caso di emergenze, determinando, di volta in volta, nuovi assetti istituzionali. Infatti, è da sottolineare come "la recessività del metodo di decisione comunitario a vantaggio di quello che è stato definito *intergovernativism* ha accentuato la caratura dell'UE quale ordinamento di natura internazionale e consentito l'adozione di provvedimenti influenzati dai rapporti di forza esistenti tra gli stati, anche in ragione delle loro condizioni economiche"[666].

In questo quadro si pone l'emergenza del Coronavirus, la quale sembra rappresentare un ultimo bivio di fronte al quale sarà possibile valutare se l'Unione Europea abbia le potenzialità per diventare un attore pubblico a tutti gli effetti, dotato di un'importante capacità di spesa e responsabile, per non dire competente, a gestire la crisi anche nelle fasi successive o se, altrimenti, rimarrà solo "un gigante regolamentare e un nano finanziario"[667]. La pandemia, infatti, sembra aver fatto emergere ancora più nitidamente le difficoltà incontrate dall'Unione Europea sia a livello di intervento pubblico, sia di *governance*, in quanto all'acuirsi della crisi sanitaria si è accompagnata una polarizzazione delle posizioni tra gli Stati, divisi tra coloro che auspicavano misure di supporto per i paesi che maggiormente hanno subito l'impatto della pandemia, attraverso un forte coordinamento sovranazionale, e quelli che propongono la mobilitazione di molte meno risorse e l'utilizzo di prestiti invece che interventi a fondo perduto. Risulta, quindi, evidente che nel momento in cui gli Stati membri decidessero di individuare nell'Unione Europea l'attore preordinato alla risposta economica nei confronti della più grande crisi degli ultimi

[665] L. Torchia, *In crisi per sempre? L'Europa fra ideali e realtà*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/2016, pagg. 618-619.
[666] R. Tarchi, *Crisi economica, istituzioni democratiche e decisioni di bilancio*, in Federalismi, n. 26/2016, p. 12
[667] S. Cassese, *L'Europa vive di crisi*, cit., p. 785.

decenni, questo comporterebbe tanto la mobilitazione di una grande quantità di risorse quanto una modifica della *governance* europea, la quale assumerebbe un ruolo maggiore nell'orientamento delle politiche economiche europee.

Dunque, si esamineranno brevemente le tre emergenze citate per mostrare come sia possibile tracciare una traiettoria che riveli sia il cambiamento di approccio alla gestione delle crisi da parte delle istituzioni europee, sia la (meno) mutata visione degli Stati membri rispetto all'Unione Europea, quale sede di gestione e risoluzione delle singole crisi. In questo senso, si cercherà di rispondere alla seguente domanda: l'emergenza dettata dal Coronavirus muterà definitivamente il ruolo dell'Unione Europea nella gestione delle emergenze e nei rapporti col mercato?

2. La crisi del debito pubblico: tanti Stati, meno Stato.

La crisi del debito sovrano, cominciata nel 2010, coinvolse alcuni Stati Membri, i quali andarono in forte difficoltà finanziaria a causa della recessione economica e dell'alto debito pubblico; in particolare, la Grecia arrivò ad un passo dal lasciare l'Unione Europa, per essere poi *salvata* dall'intervento di istituti sovranazionali e internazionali.

La crisi ellenica trovò impreparata la *governance* europea, la quale non aveva pronta una *cassetta degli attrezzi* per affrontare la situazione, ma dovette procedere alla creazione di una serie di misure aggiuntive in materia economica, al fine di salvaguardare lo spazio economico europeo, che sembrava messo a repentaglio dal possibile *default* greco. In particolare, ricordiamo la creazione di nuovi strumenti finanziari e di nuove regole comuni per il coordinamento delle politiche economiche dei paesi membri: si pensi, infatti, all'introduzione del *Six pack*, del *Two-pack*, del Semestre europeo per il coordinamento delle politiche economiche, fino al discusso Meccanismo Europeo di Stabilità[668].

Questa crisi, avvenuta all'indomani dell'entrata in vigore dei Trattati di Lisbona, costrinse, quindi, l'UE ad importanti riforme sia nell'assetto normativo, se pensiamo al controllo sui debiti pubblici, sia in quello istituzionale. Allo stesso tempo, la *governance* europea, attraverso i suoi diversi organi, dovette intervenire per la salvaguardia dello spazio economico comune; ciò nonostante, preme qui mettere in luce il carattere di ambiguità nella

[668] Cfr. C. Golino, *Il principio del pareggio di bilancio. Evoluzione e prospettive*, Padova, Cedam, 2013.

risposta pubblica discusso in apertura. Infatti, non fu propriamente e solamente l'UE il soggetto individuato per rispondere a quella crisi: un primo meccanismo di risposta, denominato *European Financial Stability Facility* (EFSF), fu un soggetto di diritto privato, con sede in Lussemburgo, al di fuori quindi del quadro europeo, rivelando in quel passaggio la debolezza istituzionale dell'Unione[669] e l'emersione della sua natura più internazionalistica che sovranazionale. Infatti, è possibile affermare che "le misure "normative" che sono state messe in campo per governare la crisi economica, finanziaria e sociale, seppur abbiano costretto gli Stati a rivedere le proprie politiche di bilancio, hanno ancora una volta fatto emergere un processo decisionale europeo asimmetrico in cui hanno prevalso le scelte e gli indirizzi dei governi più forti in un contesto sempre più caratterizzato da un deficit democratico"[670]. In tal senso, è da sottolineare come il controllo imposto sui conti della Grecia venne allargato ad un organismo di diritto internazionale come il Fondo Monetario Internazionale (FMI), mostrando la mancanza di capacità della risposta europea, come sottolineato anche *ex post* dal Presidente della Commissione Juncker: "mi rammarico di aver dato troppa importanza all'influenza del Fondo monetario internazionale. Al momento dell'inizio della crisi molti di noi pensavano che l'Europa avrebbe potuto resistere all'influenza del Fmi. […] Se la California è in difficoltà, gli Stati Uniti non si rivolgono al Fondo monetario internazionale e noi avremmo dovuto fare altrettanto"[671].

La crisi del debito pubblico costrinse, quindi, l'Unione Europea ad intervenire come attore istituzionale, anche se il suo ruolo fu mitigato dall'azione degli Stati Membri e del Fondo Monetario Internazionale per salvaguardare il mercato comune. Questo, però, comportò numerosi interventi normativi, che mutarono profondamente la *governance* economica europea, anche se non definitivamente.

La crisi del debito pubblico greco risulta essere, inoltre, l'apice di una certa visione predominante all'interno dell'Unione Europea, secondo la quale la giusta risposta ad una situazione di emergenza economica sia quella dell'austerità, del contenimento del debito pubblico, comportando di conseguenza una più o meno lenta ritirata dello Stato dal mercato. A questo aspetto, si è accompagnata la volontà di non individuare nel livello

[669] V. G. Pitruzzella, *Crisi economica e decisioni di governo*, Relazione al XXVIII Convegno annuale dell'AIC, 2013; L. Pierdominici, *The jurisprudence of the crisis: the uncertain place of european law between pluralism and unity*, Italian Journal of Public law, vol. 10n issue 2/2018.

[670] G. Colombini, *Unione europea e Stati nazionali di fronte alla crisi economica. Riflessioni a margine*, in *federalismi.it*, n. 26/2016, p. 5

[671] Così J. Juncker alla Cerimonia per i 20 anni dell'entrata in vigore dell'Euro.

sovranazionale il luogo di gestione e decisione della crisi greca, preferendo invece una dimensione internazionale, con un ruolo preminente degli Stati membri e un allargamento ad organismi internazionali come il FMI.

3. L'emergenza climatica: segnali di un cambiamento.

La recente gestione della politica ambientale sembra indicare un parziale mutamento di visione all'interno dell'Unione Europea, soprattutto per quanto riguarda la presenza pubblica nel mercato e, in particolare, il ruolo che la dimensione sovranazionale può giocare nella lotta ai cambiamenti climatici. In effetti, il 28 novembre 2019 il Parlamento Europeo ha approvato una Risoluzione[672] in cui si dichiara l'emergenza climatica. In questo caso la spinta è venuta, oltre che dai dati scientifici, da un sentimento popolare e dalle manifestazioni che hanno interessato moltissimi giovani in Europa e nel mondo. Sulla stessa linea si è posta anche la Presidente della Commissione neo-eletta, Ursula Von Der Leyen, la quale ha cercato di mettere in risalto la questione ambientale nella propria agenda politica, proponendo un *Green Deal* europeo[673] al centro della nuova programmazione 2021-2027. Il piano si articola in un pacchetto di misure che sono state proposte tra la fine del 2019 e i primi mesi del 2020, al fine di promuovere la neutralità climatica dell'intera Unione Europea entro il 2050. Data la natura della sfida, il *Green Deal* non si occupa esclusivamente della neutralità climatica, ma comprende un approccio integrato, che tiene conto dell'impatto giuridico, economico e sociale che la transizione ambientale comporta.
Il piano proposto dalla Commissione ha un impatto importante per quanto riguarda tanto l'intervento pubblico, segnando un deciso cambio di linea rispetto alla crisi greca, quanto la dimensione della *governance* europea, mettendo in luce ancora una volta la problematicità del ruolo dell'UE nella gestione delle emergenze, in particolare quelle caratterizzate da un aspetto sovranazionale.
Per quanto riguarda il primo aspetto, è interessante notare come il contesto socio-economico richieda alla sfera pubblica un importante intervento nell'economia, rendendosi

[672] Parlamento Europeo, Risoluzione del 28 novembre 2019 sull'emergenza climatica e ambientale (2019/2930(RSP)).
[673] Commissione Europea, *Il Green Deal europeo*, COM(2019) 640; S. Tagliapietra, *Il Green Deal europeo della presidente Von der Leyen: quali priorità?*, in *Equilibri*, n. 2/2019.

ormai evidente come il settore privato non abbia le risorse per effettuare una transizione ecologica, se non grazie ad un'azione statale di incentivo e di coordinamento. Pertanto, il *Green deal,* presentato dalla Commissione Europea, prevede la mobilitazione di una grande mole di investimenti al fine di favorire la transizione ecologica. Innanzitutto, è stato lanciato il *Sustainable Europe Investment Plan* (SEIP)[674], il quale intende mobilitare circa 1 trilione di euro tra investimenti pubblici e privati tra il 2020 e il 2030. Questo fondo si basa "in gran parte sull'effetto moltiplicatore che la mobilitazione delle risorse disponibili nel bilancio UE può determinare: a fronte di uno stanziamento o di una garanzia europea a favore di un progetto strategico, investitori privati dovrebbero partecipare finanziando o cofinanziando il suo completamento"[675]. La logica sottostante risulta essere, quindi, la medesima di quella che ha accompagnato il Piano Juncker nel 2014, denominato Fondo Europeo per gli investimenti strategici (FEIS), tramutato poi nel cosiddetto *InvestEU*, il quale però, non ha probabilmente determinato la mobilitazione di investimenti privati che si prospettava inizialmente[676], ponendo quindi anche alcuni dubbi sulla riuscita del *Sustainable Europe Investment Plan*.

Oltre al SEIP, la Commissione ha previsto l'istituzione di un altro fondo, il *Just Transition Fund*[677]*,* il quale dovrebbe affrontare la diversità delle condizioni ambientali presenti da paese a paese, se non da regione a regione. In questo caso, gli Stati membri riceveranno una quota di finanziamenti proporzionalmente alle proprie necessità, al fine di raggiungere gli obiettivi prefissati. Tuttavia, tale fondo "funzionerà solo con cofinanziamenti nazionali e regionali che verranno spostati dai fondi per lo sviluppo regionale e sociale (Fesr e Fse+). Ciò significa che per ogni euro ricevuto per il Green New Deal ogni Stato membro dovrebbe trasferire da 1,5 a 3 euro di fondi UE già assegnati, fondi che, comunque, potrebbero essere sottratti per far fronte alle emergenze, per migliorare le infrastrutture e per il sostegno sociale da canalizzare verso le regioni più svantaggiate"[678]. Dunque, le risorse impiegate sembrano essere quelle che venivano previamente destinate ad altre

[674] Commissione Europea, *Piano di investimenti per un'Europa sostenibile. Piano di investimenti del Green Deal europeo*, COM(2020) 21 final del 14 gennaio 2020.
[675] L. Lionello, *Il Green Deal europeo. Inquadramento giuridico e prospettive di attuazione*, in *Jus-Online*, n. 2/2020, p. 134
[676] Corte dei conti europea, *Fondo europeo per gli investimenti strategici: sono necessari interventi per la piena riuscita del FEIS*, Relazione speciale, 2019/3.
[677] Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il fondo per una transizione giusta, COM(2020) 22 final del 14 gennaio 2020.
[678] S. Cavaliere, *Il progetto green new deal e gli incentivi verdi: è tutto oro quello che luccica?*, in *Dir. pubbl. eur. Rassegna on-line*, n. 1/2020, p. 8.

importanti politiche, quali quelle di coesione regionale o legate al Fondo Sociale. Possiamo essere certi che le politiche perseguite attraverso il *Green deal* europeo, oltre a mitigare gli effetti negativi dovuti al cambiamento climatico, siano anche in grado di ricucire le differenze regionali e agire sull'occupazione?

Al fine di mobilitare anche le risorse dei singoli Stati membri, la Commissione ha proposto una modifica della normativa relativa agli aiuti di Stato[679], favorendo l'intervento degli Stati per la transizione ecologica delle imprese. La normativa sugli aiuti di Stato continuerebbe, quindi, il percorso intrapreso col GBER[680], diventando sempre di più uno fattore di sviluppo economico e sociale, concentrandosi in maniera meno esclusiva sulla salvaguardia della concorrenza nel mercato interno[681].

Tuttavia, la diversità insita all'interno dell'UE non è riferita solo alle condizioni ambientali, ma anche alla situazione macroeconomica dei singoli Stati membri, i quali si confrontano con quadri di finanza pubblica molto differenti. Alcuni paesi, infatti, sarebbero svantaggiati nel perseguire gli obiettivi posti dal *Green deal*, a causa di debiti pubblici troppo elevati che non permetterebbero di investire quanto necessario. Per questo motivo, la Commissione Europea ha previsto una sorta di *green golden rule*[682] che permetterebbe di scorporare gli investimenti *verdi* dal calcolo del debito pubblico.

L'insieme di misure appena descritto mostrano come l'Unione Europea abbia cambiato la sua gestione delle emergenze e, probabilmente, anche i rapporti rispetto al mercato. La presenza pubblica, a tutti i livelli istituzionali, risulta necessaria per raggiungere i coraggiosi obiettivi fissati dalla Commissione.

Quest'emergenza, così come la crisi greca, ha determinato inoltre una proposta di riforma della *governance economica* europea, la quale deve orientarsi verso una gestione unitaria della politica ambientale nei 27 paesi. Su questo punto, particolarmente rilevante risulta

---

[679] Commissione Europea, *Piano di investimenti per un'Europa sostenibile. Piano di investimenti del Green Deal europeo*, cit., p. 12 ss.

[680] Commissione Europea, Regolamento (UE) 2014/651, 2014.

[681] Cfr. W. Briglauer, N. S. Dürr, O. Falck e K. Hüschelrath, *Does state aid for broadband deployment in rural areas close the digital and economic divide?*, in Information Economics and Policy, n. 46/2019; K. Van Buiren, D. Veld, J e Van der Voort, *State Aid and Competition: Application of a Social Welfare Criterion to State Aid*, in Journal of Industry, Competition and Trade, n. 19/2019.

[682] Commissione Europea, *Piano di investimenti per un'Europa sostenibile. Piano di investimenti del Green Deal europeo*, cit., p. 11.; Sul punto, cfr. L. Lionello, *Il Green Deal europeo. Inquadramento giuridico e prospettive di attuazione*, cit.; C. Gregory, S. Tagliapietra e G. Zachmann, *How to make the European Green Deal work*, Bruegel Policy Contribution 13, 2019; D. Pesole, *Scorporo degli investimenti green, una partita da giocare in Europa*, Il Sole24Ore, 16/01/2020.

essere la proposta di regolamento della Commissione Europea circa la "legge europea sul clima"[683] presentata il 4 marzo 2020, secondo la quale si verrebbe a creare un quadro giuridico, valido per tutti gli Stati membri, per la riduzione delle emissioni di gas serra. Dunque, qualora il regolamento venisse approvato esso "modificherebbe la *governance* attraverso un rafforzamento della supervisione europea sul rispetto della traiettoria di riduzione delle emissioni e l'attuazione della strategia di adattamento. […] Nel caso in cui le misure nazionali adottate per rispettare la traiettoria di riduzione delle emissioni ed attuare le strategie di adattamento fossero inadatte o insufficienti, la Commissione potrebbe adottare raccomandazioni nei confronti dello Stato membro interessato e renderle pubbliche"[684]. Tuttavia, il controllo operato dalla Commissione rientra negli atti di *soft law* e non risultano essere presenti invece meccanismi sanzionatori nei confronti degli Stati membri, sollevando, da una parte, dubbi sulla reale efficacia di questo ambizioso piano e, dall'altra, confermando come, anche di fronte all'emergenza climatica, gli Stati membri sembrino riluttanti a cedere completamente la gestione della tematica ambientale al livello sovranazionale.

Una seconda proposta che riguarda la *governance* economica riguarda il Semestre europeo per il coordinamento delle politiche economiche[685], attraverso il quale la Commissione Europea potrebbe orientare e coordinare le misure dei governi nazionali verso uno sviluppo sostenibile e orientato al perseguimento degli obiettivi fissati dal *Green deal*.

Proprio il coordinamento tra il livello sovranazionale e nazionale sembra essere il punto debole del piano presentato dalla Commissione, poiché, la mancanza di meccanismi sanzionatori, rende difficile prevedere quanto i singoli Stati membri decideranno di attenersi agli obiettivi europei, anche in presenza di numerosi strumenti di controllo. Questo perché, ancora una volta, non è chiaro se l'Unione Europea sia stata individuata, dagli Stati membri, come il livello istituzionale competente, in via esclusiva, alla gestione dell'emergenza climatica o se, invece, potremmo contare ventisette diverse politiche ambientali, più una.

D'altra parte, è da rilevare come l'Unione Europea sembra avere maturato una diversa

[683] Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (UE) 2018/1999 (Legge europea sul clima), COM(2020) 80 final del 4 marzo 2020.
[684] L. Lionello, *Il Green Deal europeo. Inquadramento giuridico e prospettive di attuazione*, cit., p. 107.
[685] Regolamento (UE) n. 1175/2011.

posizione rispetto alla presenza pubblica nel mercato: in particolare, la Commissione Europea ha posto al centro della sua attività la lotta al cambiamento climatico, tanto per un discorso ambientale, quanto perché questo può rappresentare un importante volano dell'economia, anche nel tempo post-pandemia[686], programmando la mobilitazione di numerose risorse economiche e rilanciando l'intervento pubblico in questo particolare settore. Ciò nonostante, è da segnalare, al fine di una buona riuscita del *Green deal*, la presenza fondamentale sia della *green golden rule*, per evitare diseguaglianze tra paesi con bilanci più solidi e quelli con alti debiti pubblici, sia del Quadro di Finanza Pluriennale[687], in quanto una maggiore quota di strumenti europei comuni sembrano essere la migliore via attraverso la quale delineare uno sviluppo sostenibile, efficace ed equo, all'interno dell'Unione Europea, come si vedrà anche nel prossimo paragrafo.

4. L'emergenza Coronavirus. Un punto di svolta per l'Unione Europea?

Nel 2020 l'emergenza Coronavirus ha portato a restrizioni e misure drastiche in moltissimi paesi del continente, determinando importanti shock sia dal punto di vista sanitario sia economico. Ancora una volta, l'Unione Europea sembra, però, trovarsi impreparata e sprovvista degli strumenti economici necessari per affrontare questa nuova crisi. Infatti, come le emergenze citate hanno mostrato, l'intervento pubblico sembra necessario se si vuole avere un impatto non solo nella gestione di emergenze internazionali (crisi dei rifugiati e *Brexit.* per fare due esempi), ma anche nei casi di crisi di liquidità dello Stato, crescenti diseguaglianze e sviluppo sostenibile.

Se può apparire chiara l'importanza dell'intervento statale, lo stesso non si può dire su come questo debba tradursi a livello pratico, soprattutto se proviamo a identificare il livello di *governance* competente ad agire. Infatti, tutte le emergenze di questi dieci anni hanno comportato cambiamenti nell'assetto istituzionale e giuridico dell'Unione Europea, dimostrandone sicuramente la flessibilità e la resilienza, ma, allo stesso tempo, rivelandone la fragilità. Nello specifico, le difficoltà croniche in termini di risorse e di *governance* –

[686] Cfr. M. Elkerbout, *The European Green Deal after Corona. Implications for EU climate policy*, CEPS, 31/3/2020.
[687] V. L. Lionello, *Il Green Deal europeo. Inquadramento giuridico e prospettive di attuazione*, cit.

con particolare riferimento ai processi decisionali – hanno aggravato le emergenze, prolungandone le condizioni di instabilità. Questo avviene probabilmente anche perché "le crisi dell'Unione non riguardano un potere pubblico nella sua fase di maturità, ormai stabilizzato, ma un potere pubblico in una fase di crescita"[688].

Tuttavia, le due necessità discusse precedentemente sembrano ora, con l'emergenza Coronavirus, creare una tempesta perfetta. Infatti, il bisogno di una risposta pubblica – interventi sanitari, ma anche economici, soprattutto in materia di liquidità per famiglie e imprese – e la mancanza di capacità di reazione rapida dell'Unione Europea, con conseguente ipotesi di nuove riforme o la creazione di nuovi strumenti, ha portato il dibattito pubblico a vedere la crisi dovuta al Coronavirus come un bivio fatale per l'esistenza dell'UE. Tutto questo è stato reso evidente dalle dichiarazioni del Presidente del Consiglio dei Ministri italiano a seguito del Consiglio Europeo del 26 marzo 2020 nel quale, insieme ad altri capi di Stato e di governo, egli aveva chiesto misure che fossero effettivamente capaci di aiutare la situazione degli Stati maggiormente colpiti dal Coronavirus, altrimenti l'Italia avrebbe "fatto da sola"[689].

Queste affermazioni, senza entrare nel merito politico, sottolineano il bisogno di risorse dei paesi membri che stanno affrontando più duramente l'epidemia e, allo stesso tempo, la difficoltà e la lentezza di risposta dell'Unione Europea, resa ancora più drammatica, se confrontata con l'accordo siglato nelle stesse ore da Repubblicani e Democratici, con conseguente approvazione da parte del Senato americano di un piano per 2000 miliardi di dollari, al fine di far fronte agli effetti del virus.

Seppure sembri chiaro a molti che le emergenze passate, così come quella attuale, riguardino una dimensione non solo statale, ma appunto sovranazionale, il bisogno di una risposta, oltreché sanitaria anche economica, dei cittadini e dei sistemi economici interessati da questi grandi problemi, potrebbe portare a soluzioni nazionali e, conseguentemente, alla dissoluzione del progetto europeo. L'emergenza Coronavirus, infatti, costringe l'Unione Europea a interrogarsi sulla possibilità di un importante intervento pubblico, al fine di salvaguardare il mercato unico. Come esposto chiaramente anche dall'ex presidente della BCE, Mario Draghi[690], sarà necessario per tutti i paesi

[688] S. Cassese, *L'Europa vive di crisi*, cit., p. 781.
[689] Il Sole 24Ore, *Conte: ammorbidire le regole o faremo senza la Ue. Oggi l'Eurogruppo*, 8/4/2020.
[690] Cfr. M. Draghi, *We face a war against coronavirus and must mobilise accordingly*, Financial Times, 25/3/2020.

aumentare la propria quota di debito pubblico per sostenere l'economia e fronteggiare la crisi sanitaria ed economica. In questo senso, sembra importante sottolineare la distanza ideale dell'attuale dibattito europeo da quello della crisi greca discussa in precedenza; la risposta, infatti, sembra non orientarsi a misure di austerità, ma, al contrario, si è assistito non solo ad un poderoso intervento della BCE per garantire liquidità nel sistema finanziario[691], ma anche alla sospensione del Patto di Stabilità e Crescita[692], così come l'adozione di un quadro normativo temporaneo in materia di aiuti di Stato[693]. Queste due ultime misure, però, per quanto segnino probabilmente un cambio di passo rispetto alle precedenti crisi nei rapporti tra Stato e mercato, tuttavia rimettono ai singoli paesi membri la capacità di intervento, senza una effettiva guida sovranazionale[694]: una soluzione che non sembra del tutto auspicabile, in quanto appare evidente che, se l'emergenza attuale può essere definita dagli economisti come simmetrica, poiché la quasi totalità degli Stati Membri ha effettivamente proceduto ad un *lockdown* e subirà quindi i danni economici conseguenti, allo stesso tempo, la crisi presenta anche importanti differenze e colpirà i paesi in modo diverso, in particolare a seconda dei debiti pubblici e quindi della capacità di risposta dei singoli Stati. Proprio per queste ragioni, è stato invocato un ruolo più attivo dell'Unione Europea, al fine di limitare i disequilibri, non solo nella gestione dell'emergenza, ma anche durante la fase di ricostruzione. In questo senso, si è mossa la Commissione Europea con la proposta denominata *Next Generation EU*[695], col fine di mobilitare 750 miliardi di euro nel ciclo di programmazione 2021-2027, al fine di sostenere i paesi che maggiormente hanno subito gli effetti della pandemia, utilizzando risorse proprio dell'Unione Europea. Questa proposta ha definitivamente svelato le posizioni in seno al Consiglio Europeo circa il ruolo che deve giocare l'Unione Europea a livello economico e, collegato a questo, le prospettive della sua *governance*. La Commissione, infatti, ha scelto di optare per la proposta proveniente dai paesi del Mediterraneo e

[691] Decisione (UE) 2020/440 della Banca centrale europea, del 24 marzo 2020, su un programma temporaneo di acquisto per l'emergenza pandemica (BCE/2020/17)
[692] Commissione Europea, COM(2020) 123.
[693] Commissione Europea, *Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19*, COM (2020)1863.
[694] Cfr. M. Lucchese e M. Pianta, *The Coming Coronavirus Crisis: What Can We Learn?*, in *Intereconomics* n. 55/2020.
[695] Proposta di Regolamento del Consiglio che istituisce uno strumento dell'Unione europea per la ripresa a sostegno dell'economia dopo la pandemia di Covid-19, COM(2020) 441 final.

supportata anche dall'asse franco-tedesco[696], con un'impostazione diametralmente opposta a quella dei cosiddetti "paesi frugali"[697], i quali avevano proposto un piano basato esclusivamente su prestiti e forti condizionalità. La Commissione con questa proposta ha marcato, invece, un'importante differenza rispetto alla crisi greca, varando un grande piano di risorse per supportare i paesi che hanno sofferto gli effetti da Covid-19, facendo emergere l'importanza della guida pubblica, non solo per evitare i fallimenti degli istituti bancari o delle imprese, come successo nella crisi del 2009, ma costruendo un vero e proprio progetto per la ricostruzione dei sistemi economici, puntando in particolare su *Green deal* e transizione digitale[698].

Come nelle crisi precedenti, la postura assunta dall'Unione Europea ha determinato anche un importante cambiamento per quanto riguarda la *governance*. Infatti, i 750 miliardi di euro previsti deriveranno da emissione di obbligazioni sui mercati finanziari da parte della Commissione Europea, per conto dell'UE[699]. Queste risorse aggiuntive entreranno a far parte del budget del Quadro di Finanza Pluriennale 2021-2027, determinando un ruolo preminente dell'Unione Europea nei prossimi anni, come probabilmente non era mai accaduto. La creazione di obbligazioni europee risulta fondamentale per non aggravare eccessivamente i paesi che soffriranno maggiormente dalla crisi in corso, ma che avendo già un alto debito pubblico avrebbero più difficoltà a rispondere efficacemente alle sfide future. Oltre a ciò, la proposta di utilizzare parte di questi fondi come sovvenzioni, invece che come prestiti, marca un'importante novità rispetto al passato sul ruolo giocato dall'Unione Europea nell'avvicinare le economie dei diversi Stati membri. Tale proposta, dunque, non è "solo innovativa per la quantità di risorse da reperire con le obbligazioni comuni – cifra che, appunto, non ha precedenti – ma anche ben più conforme al paradigma della solidarietà sia emergenziale sia riequilibratoria nella distribuzione, nell'utilizzo e nella restituzione dei fondi rispetto a strumenti come il MES e il SURE, basati come più volte detto sulla logica dei prestiti variamente condizionati da restituire in tempi abbastanza

[696] Cfr. *French-German initiative for the European recovery from the coronavirus crisis*, Paris, 18 May 2020, consultabile *online*.
[697] Cfr. *Non-paper EU support for efficient and sustainable COVID-19 recovery*, consultabile *online*.
[698] Commissione Europea, *Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione*, COM(2020) 456 final.
[699] *Ibidem*, p. 4.

brevi"[700].

Tuttavia, la proposta è ora al centro del dialogo tra i Capi di Stato e di Governo nel Consiglio Europeo; perciò sarà importante valutare quali e quante modifiche verranno apportate, prima della sua versione definitiva.

In questo scenario, quindi, si ripropongono con forza i due aspetti che si sono voluti sottolineare in questo articolo: l'intervento pubblico nell'economia e il ruolo della dimensione europea nelle crisi. Infatti, è necessario chiedersi: quale sarà il ruolo che potrà e vorrà ricoprire l'Unione Europea? Agirà solo in fase di coordinamento e di incentivo, rimanendo dentro ai limiti che i Trattati le impongono o si coglierà l'occasione per delineare qualcosa di nuovo? Gli Stati decideranno di scegliere l'Unione Europea come luogo preposto a rispondere alla crisi, sia nell'immediato che nella fase di ricostruzione? Queste domande hanno una valenza particolarmente stringente, perché quando sarà terminata la fase emergenziale, in cui gli strumenti già approvati come SURE[701], il programma di finanziamento degli ammortizzatori sociali per chi ha perso il lavoro, così come il rinnovato MES[702] non saranno più sufficienti, si dovrà operare una ricostruzione di molti sistemi economici e, ancora una volta, l'intervento pubblico giocherà un ruolo quanto più strategico. L'approvazione del piano presentato dalla Commissione Europea probabilmente segnerebbe una svolta in questo senso, producendo un cambiamento nel ruolo che l'Unione Europea ricoprirà non solo nei prossimi mesi, ma probabilmente nei prossimi anni.

Collegato a questo, sarebbe auspicabile, inoltre, sfruttare la crisi del Coronavirus per affrontare problematiche croniche della *governance* sovranazionale, al fine di determinare effettivamente nuovi assetti normativi e istituzionali in seno all'Unione Europea. A tal riguardo, sembra interessante richiamare alcune riflessioni di Jared Diamond, sull'atteggiamento adottato in passato dalle nazioni per superare i momenti più difficili della loro storia, risultando particolarmente importante "riconoscere lo stato di crisi; accettare la responsabilità di andare verso il cambiamento, anziché scaricare le colpe su altri e rinchiudersi nel ruolo di vittime; costruire un confine per identificare l'ambito o gli

[700] G. Morgese, *Solidarietà di fatto ... e di diritto? L'Unione europea allo specchio della crisi pandemica,* in *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive*, Eurojus, 2020, p. 111.

[701] Regolamento (UE) 2020/672 del Consiglio, del 19 maggio 2020.

[702] Commissione Europea, *Pandemic Crisis Support - Draft Template for the Response Plan pursuant to Articles 13(3) and 14(2) ESM Treaty*, approvato dal Consiglio dei Governatori il 15 maggio.

ambiti in cui il cambiamento è necessario; […]riflettere sui valori fondanti ancora appropriati e su quelli diventati invece anacronistici; e, infine, praticare un'autovalutazione sincera e onesta"[703]. Queste lezioni dal passato potrebbero configurarsi per l'Unione Europea come bussole per orientarsi nei prossimi mesi incerti, determinando non solo la risposta a quest'emergenza, ma segnando probabilmente anche l'inizio di una nuova fase. Infatti, qualora l'Unione Europea decidesse, e venisse messa in condizione dai singoli Stati membri, di cogliere questa sfida, aumentando il suo peso economico attraverso una crescita del proprio budget, questo determinerà, probabilmente, un nuovo intervento sulla sua *governance* e sugli strumenti a sua disposizione; ancora più importante, avverrà anche, più o meno silenziosamente, il superamento di una certa interpretazione dei Trattati, realizzando diversamente quella economia sociale di mercato, descritta nell'art. 3 comma 3.

In conclusione, le tre crisi descritte in questo articolo hanno mostrato l'evoluzione dell'Unione Europea quale soggetto attivo e protagonista durante le emergenze. Se la crisi greca aveva visto il livello sovranazionale ricoprire un ruolo marginale a favore di logiche intergovernative dallo stampo internazionale, la crisi climatica e quella da Coronavirus sembrano aver dettato una nuova agenda, determinando un ruolo centrale dell'Unione Europea, capace di delineare politiche di sviluppo per tutto il continente, sottolineando una nuova presenza pubblica nel mercato. Allo stesso tempo, è da sottolineare come alcuni Stati membri rimangano tutt'ora ancorati ad una visione fortemente intergovernativa in sede europea, piuttosto che muoversi in una direzione comunitaria[704]. In questo senso, l'attuale crisi da Coronavirus e l'approvazione del piano *Next Generation EU* potrebbero configurarsi come autentici spartiacque nella storia dell'Unione Europea: quest'ultima, infatti, potrebbe individuarsi come il miglior livello istituzionale con cui gestire le crisi, vedendo mutata profondamente la sua attuale *governance*.

Abstract: Il presente contributo indaga due aspetti problematici dell'Unione Europea che emergono durante le crisi. Il primo riguarda il rapporto tra Stato e mercato, soprattutto con riferimento alla presenza della sfera pubblica nel mercato; il secondo, invece, si riferisce al

[703] J. Diamond, *Crisi. Come Rinascono le nazioni*, Torino, Einaudi, 2019, p. 386.
[704] V. C. D'Ambrosio, *Dal Meccanismo Europeo di Stabilità ai "Corona Bonds": le possibili alternative per fronteggiare la crisi dell'eurozona a seguito dell'emergenza Covid-19, in L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive*, cit.

ruolo che gli Stati membri riservano all'Unione Europea durante le emergenze. A tal riguardo, si prenderanno in esame, quali focus tematici: la crisi del debito greco, l'emergenza climatica e la crisi del Coronavirus.

Abstract: This paper explores two problematic aspects of European Union, which have emerged in the last few crisis. The first concerns the relation between the State and the market, referring specifically to the public intervention in the economy; the second one is related to the role reserved for the European Union by the Member States during the emergencies. In order to analyse these two issues, we'll take into consideration the greek crisis, the climate emergency and the Coronavirus crisis.

Parole chiave: intervento pubblico – rapporti Stati membri e Unione Europea – Coronavirus – green deal – crisi del debito greco.

Key words: public intervention – MS and EU – Coronavirus – green deal – greek crisis.

DIRITTI SOCIALI E PRINCIPIO DI EQUILIBRIO DI BILANCIO NELL'EMERGENZA DEL COVID 19*.

di Antonio Tipaldi **

Sommario. 1. Tutela dei diritti sociali e limitazioni economico-finanziarie imposte dalla UE. – 2. Segue: l'Unione Europea tra squilibri finanziari ed equilibri costituzionali. – 3. L'art 81 Cost. e crisi pandemica da Covid 19. – 4. Brevi conclusioni.

1. Tutela dei diritti sociali e limitazioni economico-finanziarie imposte dalla UE.

Con l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (nota come Carta di Nizza, 2000), incorporata nel Trattato di Lisbona nel 2007, il problema del contrasto tra regole comunitarie e regole nazionali è stato risolto nei seguenti termini: ove le norme europee abbiano efficacia diretta orizzontale[705], vale a dire siano sufficientemente dettagliate per trovare applicazione nei rapporti inter privati, senza necessità di un intervento attuativo del legislatore interno, il giudice nazionale potrà disapplicare la norma interna contrastante con il diritto comunitario.

Un atteggiamento radicalmente diverso si rinviene in maniera esplicita nella trattazione delle situazioni giuridiche aventi contenuto economico – finanziario e strettamente legate al pieno riconoscimento dei diritti sociali nell'ambito delle moderne costituzioni pluraliste[706] come quella italiana e spagnola.

A riguardo non va sottovalutata la possibilità di eventuali sinergie dialettiche tra le Corti Costituzionali dei paesi membri e la Corte di giustizia UE, anche, in materia di regole di bilancio, pur se confinate nell'ambito della possibilità di intervento prevista all'art. 8 del

---

* *Sottoposto a referaggio*.

** Docente a contratto di Diritto commerciale – Università di Salerno. Cultore della materia in diritto privato comparato – Università della Campania "L. Vanvitelli".

[705] N. Lipari, *Trattato di Diritto Privato Europeo*, CEDAM, 2003, Vol. I, p. 125

[706] cfr. G. Zagrebelsky e V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 50 ss.

Fiscal Compact[707], il quale regola le possibilità d'intervento della Corte di Lussemburgo nella citata materia economico-finanziaria[708] .

Nonostante la debolezza politica ed economica di molti Paesi dell'UE, aggravata dall'odierna pandemia per COVID 19 che sta attanagliando e condizionando le economie nazionali, ivi inclusa quella italiana, il nostro ordinamento, ha sempre tentato di sottrarsi agli stringenti vincoli degli accordi internazionali in materia di bilancio.

Attraverso lo scivolo della teoria dei controlimiti, la Corte costituzionale è riuscita a creare, e preservare, una via di uscita nel processo di progressiva integrazione giuridica tra i sistemi e gli ordinamenti giuridici sovranazionali, europei e internazionali[709]. Sin dagli anni settanta la Corte, pur riconoscendo il primato della legislazione UE su quello interno, ha sempre ribadito nelle sue sentenze il limite del rispetto dei principi fondamentali del nostro ordinamento e dei diritti inalienabili della persona[710]. All'indomani della costituzionalizzazione del principio di equilibrio di bilancio, avvenuta nel 2012 con la modifica dell'art. 81, in analoghi termini si è espressa con la sentenza n. 30/2015, nella quale reclama per sé il compito «di verificare la compatibilità con i principi fondamentali e con i diritti inviolabili della persona», che costituiscono «gli elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale, per ciò stesso sottratti anche alla revisione costituzionale».

Chiaramente in periodi di recessione economica, come quello attuale, si è reso necessario considerare la sostenibilità del welfare come un valore di rango costituzionale, atteso che

[707] Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* dell'Unione Europea firmato da 25 paesi il 2 marzo 2012, fra i suoi punti più significativi vanno evidenziati: l'inserimento del principio di pareggio di bilancio (cioè un sostanziale equilibrio tra entrate e uscite) di ciascuno Stato in «disposizioni vincolanti e di natura permanente, preferibilmente costituzionale» (art.8); il vincolo dello 0,5 di deficit "strutturale" (quindi non legato a emergenze) rispetto al PIL; l'obbligo di mantenere al massimo al 3% il rapporto tra deficit e PIL, già previsto da Maastricht; per i paesi con un rapporto tra debito e PIL superiore al 60% previsto da Maastricht, l'obbligo di ridurre il rapporto di almeno 1/20esimo all'anno, per raggiungere quel rapporto considerato *sano* del 60%.

[708] G. Tosato, *La riforma costituzionale del 2012 alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione fra i livelli europeo e interno,* in relazione al Seminario "Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012" Roma, Palazzo della Consulta, 22 Novembre 2013, http://www.cortecostituzionale.it.

[709] M. Luciani, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, ibidem, in http://www.cortecostituzionale.it.

[710] Cass., s.n. 183/1973 «[…] qualora dovesse mai darsi all'art. 189 [del Trattato di Roma, e dei trattati conseguenti] una sì aberrante interpretazione, in tale ipotesi sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali».

"uno Stato privo di mezzi economici è uno Stato incapace di tutelare, concretamente, i diritti sociali"[711].

La questione dell'impatto delle misure economico-finanziarie sollecitate dall'Europa sul sistema del welfare italiano, ed in particolare sui diritti di seconda generazione tra cui i diritti sociali, ha caratterizzato il dibattito giuspolitico italiano.

Sul piano squisitamente politico il confronto circa il contenuto da dare alla Costituzione è sfociato in un *conflitto* circa la reale attuazione di quel contenuto, vale a dire sulla scelta, rimessa alla discrezionalità politica, dell'ordine e dell'intensità di realizzazione concreta delle diverse previsioni costituzionali, pur con l'onere di non dimenticarne nessuna; sul piano giuridico è il bilanciamento, se pur a volte definito *ineguale*, l'unico strumento attraverso cui princìpi diversi trovano, contestualmente, totale o parziale attuazione nella regola di volta in volta sancita dal legislatore o dal giudice.

Tali princìpi sono destinati a limitarsi reciprocamente creando nel nostro sistema costituzionale la possibilità di raggiungere sempre nuovi e diversi punti di equilibrio; spetterà pertanto al legislatore scegliere, di volta in volta, quello più rispondente ai rapporti di forza (politici, economici e sociali), sempre mutevoli, che in un dato momento insistono nella società.[712]

Tuttavia la discrezionalità del legislatore nel maneggiare la tecnica del "bilanciamento"[713] trova un limite invalicabile, che la scienza giuridica ha definito "nocciolo duro", "soglia invalicabile", "elemento incomprimibile" ovvero quello del non totale annullamento di un diritto, nella sua intima essenza, per favorire la totale espansione di un altro, se pur in quel dato momento storico-politico all'apparenza preponderante. Tutto ciò è ben delineato dalla Corte costituzionale nelle sentenze 264/2012 e 85/2013 ove si afferma, rispettivamente, che è compito della Corte costituzionale proteggere la Costituzione quale un insieme unitario ed assicurare una tutela *sistemica e non frazionata* di tutti i diritti e i princìpi in essa contenuti; che a voler diversamente ritenere si verificherebbe «l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe *tiranno* nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette» e che per tale motivo, la «Costituzione italiana,

[711] G. Coletta, *La tutela dei diritti sociali in tempo di crisi economica*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, n. 2/2014.
[712] F. Pallante, *Il problema costituzionale dell'attuazione dei diritti sociali*, 27/07/2018, in www.questionegiustizia.it
[713] Sul tema del bilanciamento vedi A. Morrone, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2014.

come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra princìpi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi».

In tema di misure di riduzione dei diritti di prestazione, la Corte Costituzionale, nel rispetto delle prerogative del legislatore, ha posto l'accento sul rispetto dei principi della *ragionevolezza* e della salvaguardia del *nucleo essenziale* dei diritti costituzionalmente tutelati.

Invero, il concetto di nucleo essenziale dei diritti è per sua natura sfuggente, inafferrabile, e va riempito di contenuto caso per caso. Nel corso del tempo, la Corte si è, dapprima, preoccupata di estendere la tutela dei diritti sociali anche attraverso sentenze «costose», mentre in seguito si è affermata e consolidata l'idea secondo cui i diritti sociali di prestazione sono diritti *finanziariamente condizionati*. Ne discende che ne è legittima la compressione in relazione alle risorse disponibili o la riduzione, dal punto di vista quantitativo, in situazioni di difficoltà finanziaria.

Con specifico riferimento al diritto alla salute, significativa è la sentenza n. 455/1990 della Corte costituzionale, la quale fa segnare un deciso cambiamento di rotta, affermando che «considerato come diritto ad ottenere trattamenti sanitari, il diritto alla salute è basato su norme costituzionali di carattere programmatico e condizionato all'attuazione che ne dà il legislatore ordinario: attuazione, costituzionalmente obbligatoria, da realizzare gradualmente attraverso il ragionevole bilanciamento - sindacabile dalla Corte Costituzionale - con altri interessi o beni assistiti da pari tutela costituzionale nonché con l'obiettiva disponibilità di risorse organizzative e finanziarie».

2. Segue: l'Unione Europea tra squilibri finanziari ed equilibri costituzionali.

La crisi economico-finanziaria, ereditata dallo scoppio della bolla immobiliare negli Stati Uniti, si è trasformata in una vera e propria crisi sistemica, che dal 2008 ha investito anche l'Europa.

L'UE ha tentato di reagire a tale situazione adottando una serie di misure sia sul piano politico-istituzionale, sia sul piano strettamente giuridico, le quali denotano l'urgenza di assicurare la tenuta generale dei conti pubblici dei paesi membri, se del caso a scapito della

tutela di alcuni diritti di natura sociale costituzionalmente garantiti dai legislatori nazionali. Com'è noto, le istituzioni dell'Unione Europea, fedeli al carattere economico che connota la normativa europea, hanno tradizionalmente privilegiato la regolamentazione dei diritti *dell'avere*, glissando sulle questioni pertinenti ai diritti *dell'essere*, considerate appannaggio dei diritti municipali[714].

I negoziati in corso per l'adesione dell'UE alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e, più di recente, l'incorporazione della Carta di Nizza (2000) nel Trattato di Lisbona hanno, giocoforza, riproposto prepotentemente il tema dei diritti fondamentali nel panorama sovranazionale, la cui tutela, oltre ad essere affidata a *Carte* internazionali, può confidare nel costante apporto ermeneutico della giurisprudenza delle Alte corti europee (Corte di Giustizia di Lussemburgo e Corte EDU di Strasburgo), pur se il *dialogo* tra giudici europei e nazionali ha sovente assunto le vesti di vero e proprio *scontro* – si pensi all'annosa diatriba tra Corte costituzionale italiana e Corte di Giustizia – a dimostrazione della ritrosia delle istituzioni comunitarie ad occuparsi di situazioni giuridiche riconducibili alla *persona umana*.

Paradossalmente - ma non in maniera inaspettata alla luce di quanto detto -, la corte costituzionale italiana non ha esitato a emendare il dettato della carta costituzionale quando si è trattato di uniformarsi ai diktat del legislatore europeo in tema di *pareggio di bilancio*, *rectius* di *principio di equilibrio di bilancio*.

Tra le misure di carattere politico-istituzionale adottate dall'UE spicca l'iniziativa denominata *Patto Euro Plus*[715] del marzo 2011, con la quale gli Stati membri si sono impegnati a recepire nei loro ordinamenti interni le regole europee di bilancio già contenute fin dal 1997 nel Patto di stabilità e crescita con strumenti giuridici di natura vincolante e sufficientemente forte, ad esempio Costituzione o normativa quadro (pur lasciando agli Stati firmatari la possibilità di individuare le misure più idonee).

La volontà dell'Unione europea è quella di inserire il concetto di *equilibrio finanziario o*

[714] N. Lipari, op. cit., p. 380.

[715] Accordo siglato il 25 marzo del 2011 siglato dai paesi membri della zona Euro con l'aggiunta di Bulgaria, Danimarca, Lituania, Lettonia, Polonia e Romania; esso concepito come un rafforzamento del Patto di stabilità e crescita del 1997, contiene al suo interno i quattro obiettivi che sono alla base della sua approvazione, ovvero: "stimolare la competitività", "stimolare l'occupazione", "rafforzare la stabilità finanziaria" e "concorrere ulteriormente alla sostenibilità delle finanze pubbliche". All'interno della sezione dedicata all'ultimo degli obiettivi appena elencati, che poi è quello che qui interessa, è stato inserito un paragrafo nominato "Regole di bilancio nazionali", che prevede che "gli Stati membri partecipanti si impegnano a recepire nella legislazione nazionale le regole di bilancio dell'UE fissate nel patto di stabilità e crescita.

di bilancio nella legislazione dei Paesi membri, ove possibile a livello costituzionale, come è avvenuto nell'ordinamento italiano con la legge costituzionale n. 1/2012 ed, in particolare, con la legge rafforzata n. 243/2012 (Disposizioni per l'attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell'articolo 81, sesto comma, della Costituzione).

Una prima notazione concerne la scelta lessicale, forse non del tutto neutrale, operata dalla Consulta, la quale utilizza in maniera apparentemente fungibile i termini *pareggio* ed *equilibrio* di bilancio. Invero entrambe le leggi citate recano nel titolo la locuzione *pareggio di bilancio*, mentre nell'articolato normativo si discorre di *equilibrio di bilancio*[716].

Questa scelta ha dato avvio ad un ampio dibattito dottrinario, all'interno del quale v'è chi ritiene preferibile la rigidità aritmetica del termine *pareggio*[717], osservando che ove si discorresse di equilibrio si offrirebbero ampi margini di azione ad una superficiale e poco attenta gestione della finanza pubblica; altri, invece, propendono, correttamente, per la nozione di equilibrio - e non di *pareggio secco* - in quanto il primo garantirebbe un giusto compromesso tra la sostenibilità della spesa pubblica e le continue sollecitazioni di adattabilità che quest'ultima riceve in conseguenza di congiunture macroeconomiche negative[718].

Di là dalla questione semantica, la riforma costituzionale, approvata, peraltro dal Parlamento in tempi molto brevi rispetto ai propri standard, è, ad avviso di alcuni, il tangibile segno dell'estrema debolezza politica dell'Italia, costretta a dimostrare ai *partners* europei e ai mercati finanziari di essere in grado di allinearsi alle indicazioni suggerite dalla BCE nella famosa lettera *Trichet – Draghi* del 5 agosto 2011, indirizzata all'allora Presidente del Consiglio e resa nota solo nel mese di settembre.

La BCE, con tale strumento, oltre ad indicare al Governo italiano le misure anti speculative da adottare con urgenza per poter riconquistare la fiducia degli investitori nei titoli di Stato, lo sollecitava ad impegnarsi ad attuare una serie di riforme, se del caso anche di rango costituzionale, volte a rendere più stringenti le regole di bilancio[719].

A prescindere dalle motivazioni che hanno stimolato il nostro legislatore ad attuare tale riforma, è un dato che il novello art. 81 Cost. introduce nella Carta Costituzionale il

[716] Cfr. A. Morrone, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale,* in *Rivista AIC*, n. 1/2014, p. 5 ss.
[717] M. Esposito, *Le interpretazioni giuspolitiche del pareggio di bilancio nel novellato art. 81 Cost*. in *diritto.it*, 05/03/2018.
[718] A. Morrone,*Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, cit., p. 9 ss.
[719] M.C. Paoletti, *Il principio dell'equilibrio di bilancio in costituzione: la riforma dell'art. 81 e le sue interpretazioni*, in *diritto.it*, 24/09/2018.

principio dell'equilibrio di bilancio (ovvero equilibrio tra entrate e spese di bilancio), imponendo vincoli più stringenti e puntuali in materia di bilancio, contabilità pubblica e stabilità finanziaria, mentre, con la modifica degli artt. 117 e 119 Cost., sono state fissate regole in tali materie anche per le Regioni e gli enti locali.

Il ricorso al debito da parte dello Stato viene, infatti, consentito dalla novella costituzionale solo in funzione del ciclo economico, ovvero al verificarsi di eventi eccezionali: gravi recessioni economiche, crisi finanziarie e gravi calamità naturali, previa autorizzazione delle Camere, adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti[720].

La revisione dell'art. 81 Cost. attribuisce alla Corte costituzionale un potere di controllo sul rispetto di un vero e proprio obbligo giuridico, la cui violazione è fonte di responsabilità, là dove, per il passato, il vincolo dell'equilibrio di bilancio costituiva solo un obiettivo politico[721].

La *costituzionalizzazione* del predetto principio, unitamente ai più stringenti vincoli imposti dall'Europa alle politiche nazionali di bilancio sin dal Trattato di Maastricht 1992, inducono la dottrina ad interrogarsi circa il grado di flessibilità della art. 81 cost. onde evitare che "regole di bilancio troppo rigide producano (…) il rischio di indiscriminata compressione dei diritti fondamentali a causa delle limitazioni di bilanci"[722].

Come precisato dalla stessa Consulta in recenti pronunce (Corte cost. n. 250/2013; Corte cost. n. 266/2013; Corte cost. n. 275/2016), tale flessibilità ben si coniuga con l'utilizzo di politiche di disavanzo, prevedendo meccanismi mediante i quali lo Stato, tanto nella fase di recessione economica, quanto in occasione di eventi eccezionali, coadiuva le autonomie territoriali nel finanziamento dei «livelli essenziali delle prestazioni e delle funzioni fondamentali inerenti i diritti civili e sociali».

Altra parte della dottrina sposa invece l'idea che con la costituzionalizzazione dei vincoli di bilancio volti all'ottenimento dell'equilibrio finanziario si sia "compiuto il transito da un disegno costituzionale che non vietava alla politica democratica di decidere misure espansive di deficit spending ad un assetto che invece le vieta in linea di principio,

[720] Art. 81 Cost, co 1, lett d).

[721] G. Scaccia, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, in *Costituzione e pareggio di bilancio. Il Filangieri - Quaderno 2011*, Napoli, Jovene, 2012, pp. 211-248.

[722] M. Luciani, *L'equilibrio di bilancio e i principi e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, cit., 18 ss.; D. Cabras, *Su alcuni rilievi critici al c.d. "pareggio di bilancio"*, in *Rivista AIC*, n. 6/2013.

consentendone la praticabilità solo a condizioni enumerate e particolarmente rigorose"[723]. In altri termini, se, anteriormente alla riforma, le scelte economico-finanziarie potevano essere contemperate con i diritti fondamentali dei cittadini, oggi occorre privilegiare le procedure di contenimento della spesa pubblica, subordinando i diritti di prestazione al potere di spesa. In tal senso potrebbe porsi un problema legato al bilanciamento dei diritti fondamentali, tra cui i diritti sociali, con le esigenze finanziarie di bilancio, in quanto una legge limitativa della loro tutela, trovando adeguata copertura costituzionale nel principio dell'equilibrio finanziario, potrebbe sottrarsi a censure di incostituzionalità.

Il principio dell' equilibrio finanziario o dei bilanci (statale, regionali e locali) non gode di un primato, né rappresenta un *super-principio* destinato a prevalere in ogni caso sugli altri princìpi costituzionali, pena il rischio di dar luogo ad una sorta di inversione dell'ordine gerarchico delle fonti, dove la Costituzione si collocherebbe in una posizione sotto ordinata alla *legislazione di bilancio* ordinaria; in buona sostanza i diritti costituzionalmente garantiti risulterebbero attuabili solo se, e nella misura in cui, fossero loro destinate risorse dalla legge (ordinaria) di bilancio[724].

Il suddetto principio invece è posto sullo stesso piano degli altri princìpi costituzionali e pertanto, al pari degli altri, è suscettibile di bilanciamento, così come la Corte Costituzionale ha evidenziato nella sentenza n. 88 del 2014, là dove, facendo espresso riferimento alla revisione operata dalla l. cost. 20 aprile 2012, n. 1, lascia "intendere […] che l'equilibrio di bilancio avrebbe potuto essere elemento attivo del bilanciamento con la conseguenza che non solo può limitare gli altri principi, ma può anche essere limitato da

[723] Testualmente O. Chessa, *La Costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Napoli 2016, 402. Sul tema v., altresì, E. Furno, *Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili, Nomos le attualità nel diritto*, n. 1/2017, p. 7 ss.

[724] L. Carlassare, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2015, p. 138, "Se tentiamo di mettere a confronto il limite posto dall'art. 81 e l'interesse da esso tutelato con gli interessi da esso limitati, ci troviamo dinnanzi ad un incommensurabile divario: a fronte di quella disposizione sta infatti la Costituzione intera, nel suo disegno complessivo, nei suoi fondamenti"; in termini adesivi v. pure, in giurisprudenza, Corte Cost. nrr. 258/2017, 83/2019 e la recentissima sent. nr. 62/2020 con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 31, commi 4 e 5, della legge della Regione Siciliana 8 maggio 2018, n. 8 (Disposizioni programmatiche e correttive per l'anno 2018), vanificando il tentativo fatto da quest'ultima volto ad imputare le programmate risorse a voci di spesa diverse da quella sanitaria. Secondo la Consulta, la disposizione impugnata viola sia l'art. 117, terzo comma, Cost. in materia di tutela della salute, poiché prevede di utilizzare le predette risorse per altre finalità diverse dalla spesa sanitaria, sia l'art. 117, comma secondo, lettera m), Cost., considerato che tale diverso utilizzo delle somme non consente di garantire i livelli essenziali delle prestazioni (LEA) ed anche l'art. 81, terzo comma, Cost..

questi”[725].

3. L’art 81 Cost. e crisi pandemica da Covid 19.

La diffusione, ormai mondiale, della pandemia da *Covid-19* sta sicuramente condizionando le regole dettate dalla UE sul piano economico-finanziario, imponendo, tra l’altro, nuovi e delicati scenari in tema di rinegoziazione delle suddette regole comuni.

L’Italia è da tempo su una linea di *rottura* rispetto alle suddette regole e in natura quando si crea una spaccatura, una faglia, l’intera struttura rischia di crollare per una reazione a catena di *terremoti*[726], nel nostro caso quindi a rischio è l’integrità dell’eurozona.

In questo scenario, di notevole importanza, risulta essere il recente intervento dell’ex Presidente della BCE, Mario Draghi che ha sottolineato non solo l’imminente fase di recessione, ma ha anche suggerito i comportamenti che governi, istituzioni e contribuenti dovranno seguire per reagire alla crisi più grave nella quale l’Europa e il mondo intero verranno a trovarsi dalla crisi post bellica della metà degli anni 40’[727].

Condivisibile il pensiero di Draghi che richiama l’eccezionalità della situazione e richiede alle istituzioni ed in particolare ai giuristi, l’elaborazione di ragionamenti eccezionali, sia pur nel rispetto dei principi costituzionali e della logica giuridica; istruite interpretazioni e preziosismi giuridici devono, a parere di chi scrive, cedere spazio di fronte alla *ratio* delle previsioni e dei trattati dell’Unione, dei quali non può adottarsi una visione parziale e distaccata dall’attuale **c**ontesto di crisi pandemica nel quale ci troviamo.

Presupposto sancito nel TUE ed in particolare nell’art. 3 pone alla base della costruzione di un *mercato interno* tre pilastri fondamentali ovvero una espansione economica equilibrata, una stabilità nei prezzi ed una competitiva economia sociale di mercato che è possibile ottenere attraverso un crescente livello di libertà e di eguaglianza[728].

---

[725] I. Ciolli, *L’art. 81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento a super principio*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 maggio 2015.

[726] P. Back, *How Nature Works*, Copernicus – Springer Verlag NY Inc., 1999

[727] M. Draghi, *We face a war against coronavirus and must mobilise accordingly*, in *Financial Time*, del 25/03/2020, https://www.ft.com/content/c6d2de3a-6ec5-11ea-89df-41bea055720b;

[728] TFU art. 3 co.3 «L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico […]».

Tale indicazione normativa richiederebbe per gli addetti ai lavori, giuristi ed economisti in particolare, un ulteriore passo concettuale volto alla valorizzazione della forma rispetto alla sostanza ovvero alla sostanza economica delle problematiche giuridiche.

In generale i bilanci degli stati e in particolare i servizi pubblici necessitano non solo di istituti e strumenti giuridici volti alla disciplina del loro corretto funzionamento ma anche e soprattutto di risorse, nondimeno, i contribuenti possono esser gravati dei tributi solo quanto la capacità contributiva che costoro manifestano è non solo personale ed attuale, ma anche effettiva.

Di tanto qualsiasi incremento di imposizione fiscale potrebbe risultare vano anzi in un momento di forte decrescita economica addirittura negativo per il tessuto economico-sociale del paese.

Anche in tal caso appaiono condivisibili le indicazioni dell'ex presidente della BCE "la risposta deve comportare un aumento significativo del debito pubblico. La perdita di reddito sostenuta dal settore privato – e qualsiasi debito accumulato per colmare le perdite – deve alla fine essere riassorbita, in tutto o in parte, dai bilanci pubblici. Livelli di debito pubblico molto più elevati diventeranno una caratteristica permanente delle nostre economie e saranno accompagnati dalla cancellazione del debito privato"[729].

La salvaguardia dei livelli occupazionali e della capacità produttiva in una situazione emergenziale come quella provocata dalla pandemia da Covid19 richiede ai rispettivi governi maggiori sforzi al sostegno della liquidità ma sarà necessario anche un intervento congiunto del settore bancario che dovrà intervenire direttamente con credito, a costo zero alle imprese che vogliono e dimostrino la capacità di poter salvare innanzitutto i posti di lavoro e più in generale il livello produttivo nazionale.

Ovviamente va da se che il capitale necessario per svolgere questo compito deve essere fornito dal governo sotto forma di garanzie statali su tutti gli scoperti di conto o prestiti aggiuntivi pertanto si rende necessario un aumento del livello di indebitamento pubblico ciò però mal si coniuga, almeno fino ad ora, con il rispetto del principio costituzionale sancito dall'art 81 riscritto dalla già citata legge costituzionale n.1 del 2012 volta a dare attuazione algia citato *Fiscal Compact*.

Come si è già detto in precedenza la norma in questione ha dato vita ad un ampio dibattito dottrinario, tra chi ritiene preferibile la rigidità aritmetica del termine *pareggio* e chi invece,

[729] M. Draghi, *We face a war against coronavirus and must mobilise accordingly*, cit.

propende, correttamente, per la nozione di equilibrio - e non di *pareggio secco* - in quanto il primo garantirebbe un giusto compromesso tra la sostenibilità della spesa pubblica e le continue sollecitazioni di adattabilità che quest'ultima riceve in conseguenza di congiunture macroeconomiche negative, tra cui appunto la crisi pandemica in atto.

L'art 81 Cost., quindi, non appare ostile ad una sua rilettura alla luce di un ragionevole *principio di sostenibilità del debito*, peraltro ottenuto legando la definizione del bilancio all'andamento dei cicli economici che possono ovviamente risultare favorevoli ma anche avversi ed in tali casi quindi il ricorso all'indebitamento.

Chiaramente tale azione, autorizzata dalle Camere con voto a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti e sottoposta al vaglio della Commissione Europea secondo la procedura stabilita sempre dal trattato, trova la sua completa giustificazione solo in situazioni economiche emergenziali e temporanee: a mio avviso la situazione attuale emergenziale legata alla pandemia dichiarata dall'OMS senza dubbio legittima il ricorso ad un maggior indebitamente di cui si è detto.

Del resto lo stesso art. 2 del Reg.to CE 1467/1997 richiamando l'art 126 del TFUE, considera il superamento del valore di riferimento per il disavanzo pubblico di natura *eccezionale* e *temporaneo*[730]qualora sia determinato da un evento inconsueto, non controllabile dallo Stato membro ed con forti influssi negativi sulla situazione finanziaria della pubblica amministrazione.

Il medesimo regolamento, inoltre, nell'intimare allo Stato membro *inadempiente* la diminuzione dell'eccessivo tasso d'indebitamento prevede espressamente che "se si verificano eventi economici sfavorevoli imprevisti con importanti conseguenze negative per le finanze pubbliche dopo l'adozione di tale intimazione, il Consiglio può decidere, su raccomandazione della Commissione, di adottare un'intimazione rivista a norma dell'art. 126, paragrafo 9, TFUE la quale può in particolare prorogare di un anno, di norma, il termine per la correzione del disavanzo eccessivo"[731].

Occorre, allora, valutare l'impatto della pandemia in termini di indebitamento sul sistema

[730] art. 126, paragrafo 2, lettera a), secondo trattino, TFUE «La Commissione sorveglia l'evoluzione della situazione di bilancio e dell'entità del debito pubblico negli Stati membri, al fine di individuare errori rilevanti. In particolare esamina la conformità alla disciplina di bilancio sulla base dei due criteri seguenti:
a) se il rapporto tra il disavanzo pubblico, previsto o effettivo, e il prodotto interno lordo superi un valore di riferimento, a meno che (…) - oppure, in alternativa, il superamento del valore di riferimento sia solo eccezionale e temporaneo e il rapporto resti vicino al valore di riferimento».

[731] R. Succio, *Pandemia covid-19 ed equilibrio di bilancio: alcune considerazioni di diritto tributario euro-unitari, 27/03/2020* in *www.giustiziainsieme.it*.

economico nazionale. In proposito si segnala una autorevole stima proveniente dal vicedirettore dell'FMI, l'economista Ashoka Modv, che in una recente intervista ha affermato che "l'Italia avrebbe bisogno di una cifra di non meno 500 miliardi di euro di salvataggio precauzionale per contribuire a rassicurare i mercati finanziari sul fatto che il governo italiano e le banche riusciranno a soddisfare i pagamenti dei debiti"[732].

4. Brevi conclusioni.

Le indicazioni date dalla Commissione UE con la comunicazione del 19/03/2020 rubricata <<quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID.19>> sono state prontamente recepite ed adottate dalla Francia, che ha introdotto misure di sostegno alla propria economia e, con ritardo, dagli altri Paesi dell'Unione.

Ulteriore ed importante passo compiuto dall' Unione Europea per arginare i danni economici e finanziari è rappresentato da SURE, acronimo di *Support to mitigate Uunemployment Risks in Emergency*, un programma a supporto delle regioni più colpite dal coronavirus.

L'idea è quella di *una cassa integrazione europea* a supporto delle aziende che hanno sede nei Paesi più colpiti dal Coronavirus, quali ad esempio Italia e Spagna; tale progetto mira a salvare milioni di posti di lavoro ed è un'applicazione concreta del principio di solidarietà europea.

Il programma rivolto a tutti gli Stati membri ha previsto la mobilitazione di 100 miliardi di euro grazie alle garanzie degli Stati per 25 miliardi.

Significative, a riguardo, le parole della Presidente della Commissione europea, Ursula Gertrud von der Leyen, pronunziate in occasione della presentazione di SURE, avvenuta agli inizi di aprile, secondo la quale per affrontare la crisi pandemica in atto "servono solo le risposte più forti: dobbiamo usare ogni mezzo a nostra disposizione. Ogni euro disponibile nel bilancio dell'Unione verrà reindirizzato per affrontare la crisi, ogni norma sarà facilitata per consentire ai finanziamenti di fluire rapidamente ed efficacemente", ed

[732] intervento su https://vocidallestero.it/2020/03/02/ashoka-modyitalia-la-crisi-che-potrebbe-diventare-virale

ha inoltre paragonato il novello programma al vecchio ed efficace piano *Marshall*[733] attuato per la crisi post bellica nella seconda metà degli anni 40'

Chiaramente agli interventi, sin qui posti in essere dall'UE, compreso quello che ha portato alla creazione a maggio di un *Recovery Fund*[734] dal valore complessivo di 750 miliardi di euro, devono essere affiancati da ulteriori sforzi di natura strutturale volti non solo a verificare l'eventuale compatibilità di vincoli di bilancio meno stringenti con i trattati e i regolamenti comunitari ma anche e soprattutto ad una ridefinizione del concetto e della portata degli Aiuti di Stato in relazione alle nuove e più intense misure di sostegno economico da intraprendere su base comunitaria.

A riguardo è utile ricordare che l'art 107, paragrafo 1, del TFUE stabilisce le quattro condizioni da rispettare affinché un intervento costituisca un aiuto di Stato ovvero: 1) origine statale dell'aiuto (aiuto concesso dallo Stato ovvero mediante risorse statali); 2) esistenza di un vantaggio a favore di talune imprese o produzioni; 3) esistenza di un impatto sulla concorrenza; 4) idoneità ad incidere sugli scambi tra gli Stati membri.

L'auspicio è che il nostro legislatore effettui un'attenta revisione dell'intera disciplina giuridica in materia di Aiuti di Stato, rendendola meno selettiva, rendendo disponibili queste misure di sostegno ad una pluralità di soggetti più ampia di quella attuale.

Abstract: Il presente lavoro si propone di verificare i termini del dialogo tra *Carte* e *Corti* con riguardo ai cc.dd. diritti dell'avere attraverso l'esame del principio dell'equilibrio finanziario (o anche di bilancio) di recente costituzionalizzazione (2012). Nel quadro di una rilettura sistematica dei precetti costituzionali, non è dato separare le norme di carattere economico dai diritti fondamentali tra cui rientrano anche i diritti sociali in quanto l'ordine materiale dei valori costituzionali impone di riconoscere un primato assoluto alla persona umana ed alla sua dignità. Invero la corte costituzionale, nel non facile bilanciamento tra principio dell'equilibrio di bilancio e tutela costituzionale dei diritti incomprimibili,

[733] piano per la ripresa europea *European Recovery Program*, annunciato in un discorso del segretario di Stato statunitense George Marshall, il 5 giugno 1947 all'Università rappresenta uno dei piani politico-economici statunitensi per la ricostruzione dell'Europa dopo la seconda guerra mondiale consistente in uno stanziamento di oltre 12,7 miliardi di dollari.

[734] Strumento rientrante nella più ampia iniziativa della Commissione europea denominata *Next generation EU*, il suo valore complessivo ammonta a 750 miliardi di euro, di cui 500 miliardi saranno distribuiti attraverso sussidi e 250 tramite prestiti dal valore di 500 miliardi di euro con l'obiettivo di garantire ai Paesi più colpiti dalla pandemica del coronavirus di risollevarsi dalla crisi. A riguardo il presidente dell'Eurogruppo Mario Centeno afferma che il nuovo fondo per la ripresa va "commensurato ai costi della crisi, che aiuti a spalmarli nel tempo, che operi attraverso il budget Ue e che mostri solidarietà".

privilegia chiaramente questi ultimi poiché le *esigenze* di bilancio non possono pregiudicare la tutela di diritti sociali garantiti sia dalla Costituzione ex art 117, secondo comma, lettera m), sia, a livello sovranazionale, dalla Carta sociale europea, che riconosce e garantisce i cc.dd. *diritti di seconda generazione*. La diffusione, ormai mondiale, della pandemia da Covid-19, sta sicuramente condizionando le regole dettate dalla UE sul piano economico-finanziario, imponendo, tra l'altro, nuovi e delicati scenari in tema di rinegoziazione delle suddette regole comuni.

Abstract: The present work aims to verify the terms of the dialogue between *Charters* and *Courts* with regard to the *rights of assets* by examining the principle of financial equilibrium (or even budget) of recent constitutionalisation (2012). In the context of a systematic re-reading of the constitutional precepts, it is not possible to separate the economic rules from fundamental rights, including social rights, since the material order of constitutional values imposes the recognition of an absolute primacy for the human person and his dignity. Indeed, the constitutional court, in the difficult balance between the principle of budgetary equilibrium and constitutional protection of fundamental rights, clearly favors the latter because the *needs* of the budget can not prejudice the protection of social rights guaranteed by the Constitution ex art 117, second paragraph, letter m), both at a supranational level, by the European Social Charter, which recognizes and guarantees the *second generation rights*. The worldwide spread of the Covid-19 pandemic is certainly affecting the rules dictated by the EU on the economic-financial level, imposing, among other things, new and delicate scenarios regarding the renegotiation of the aforementioned common rules.

Parole chiave: diritti sociali – Unione Europea – equilibrio finanziario – pandemia – Covid 19.

Key words: social rights – European Union – financial balance – pandemic – Covid 19.

FULVIO PASTORE E LUIGI DI SANTO (A CURA DI), *PROCESSI COGNITIVI E COGNIZIONE GIURISDIZIONALE*. ATTI DEL CONVEGNO DELL'UNIVERSITÀ DI CASSINO E DEL LAZIO MERIDIONALE – DIPARTIMENTO DI ECONOMIA E GIURISPRUDENZA, CASSINO 13 DICEMBRE 2019

INTRODUZIONE: PROCESSI COGNITIVI E COGNIZIONE GIURISDIZIONALE [*].

di Luigi Di Santo e Fulvio Pastore[**]

Sommario. 1. Obiettivi e contenuti del seminario di studi. – 2. Pluralismo dei metodi scientifici e cognizione dei giudici.

1. Obiettivo e contenuti del seminario di studi.

Il seminario di studi "Processi cognitivi e cognizione giurisdizionale" tenutosi il 13 dicembre del 2019 nell'Università di Cassino e del Lazio meridionale, ha visto eminenti studiosi confrontarsi, da angolazioni diverse tra loro, su temi di assoluta importanza nel panorama degli studi giuridici. La felice intuizione di innescare il dibattito sull'impatto delle nuove tecnologie sulle sorti dell'universo giuridico, ritrova la sua pienezza di intenti già nella prefazione di Antonio Punzi che ha magistralmente presieduto il Seminario di Studi. Nella sua relazione introduttiva, Fulvio Pastore, ha evidenziato temi quali il dialogo e il linguaggio, la decisone e la motivazione, la fattispecie e gli schemi di qualificazione,

[*] *Sottoposto a referaggio*.

[**] Luigi Di Santo è Professore associato di Filosofia del diritto – Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale. Fulvio Pastore è Professore associato di Diritto costituzionale – Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale. L'introduzione è frutto del confronto tra i due autori, che sono anche i responsabili scientifici del seminario. Il testo del primo paragrafo è di Luigi Di Santo, mentre il testo del secondo paragrafo è di Fulvio Pastore, che ha svolto anche la relazione introduttiva del seminario di studi su "Processi cognitivi e cognizione giurisdizionale", Dipartimento di Economia e Giurisprudenza, Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale, Cassino, 13.12.2019.

nel quadro ampio della giurisprudenza costituzionale che richiama alle competenze degli scienziati nel segno della non rinviabile sfida ermeneutica.

Nella sessione mattutina Sergio Bianchi ha discusso di Matematica e cognizione giurisdizionale, con riflessioni attente su questioni decisive quali la relazione tra probabilità e la modalità giuridica nella regione della calcolabilità.

Giovanni Porzio, a sua volta, ha relazionato sul rapporto tra Statistica e cognizione giurisdizionale, sulle variabili per le quali 'i numeri non possono dare tutte le risposte' preconizzando la ricerca di una precomprensione numerica. Di seguito, Raffaele Trequattrini ha sottolineato il rilievo dell'economia aziendale nella cognizione giurisdizionale attraverso la ricognizione di uno statuto epistemologico in direzione della lettura del bilancio come linguaggio non espressivo di verità. Chiara Berti ha tracciato i segni della relazione tra Psicologia e giurisdizione, con la proposizione del dibattito sulla Neuroprudenza in seno a *topoi* giurisprudenziali quali libero arbitrio e responsabilità. Sullo stesso versante, Rosella Tomassoni ed Eugenia Treglia hanno discusso del contributo della psicologia alla cognizione dei giudici.

Nella sessione pomeridiana, i lavori del Seminario si sono riaperti con la relazione di Luigi Di Santo che ha proposto una riflessione sul tema complesso del rapporto tra Verità e cognizione giurisdizionale nella prossimità dello scenario della decisione giudiziale in riferimento alle nuove tecnologie. A seguire, Roberto Poli con la relazione su "Logica e razionalità nella ricostruzione giudiziale dei fatti" ha evidenziato come la Logica del giudice possa essere analizzata in chiave argomentativa nella visuale della giurisprudenza come scienza pratica. Pasquale Passalacqua ha messo bene in luce, nel suo intervento, il profondo legame tra Principio dispositivo e cognizione nel processo del lavoro. Di seguito, Gianrico Ranaldi ha relazionato sul rapporto tra prova informatica e processo penale. Infine ha chiuso i lavori della seconda sessione, Giancarlo Scalese con puntuali riflessioni sulla cognizione nelle giurisdizioni internazionali.

I contributi scritti, forniti dagli oratori intervenuti al seminario, riflettono il contenuto e l'itinerario logico-argomentativo seguito durante lo svolgimento delle relazioni ma risultano significativamente ampliati e arricchiti dal dibattito e dal confronto di idee che ne è scaturito.

Altri importanti contributi si sono aggiunti, grazie alla preziosa opera di riflessione svolta da studiosi, impossibilitati a partecipare fisicamente al convivio scientifico a causa di

pregressi impegni istituzionali, che hanno, tuttavia, inteso ugualmente e generosamente raccogliere l'invito a confrontarsi sui temi proposti.

Così, Pierpaolo Dell'Anno ha affrontato, *funditus*, le questioni concernenti il rapporto tra scienze e diritto processuale penale, con ampiezza di analisi, ricostruttiva e critica, formulando interessanti proposte in chiave prescrittiva.

Giuseppe Maria Cipolla, a sua volta, ha affrontato con chiarezza espositiva e notevole capacità di inquadramento dogmatico, il tema relativo alla cognizione nel processo tributario, mettendo bene in evidenza i profili problematici della sua disciplina e le ricadute sui diritti fondamentali dei contribuenti.

Raffaele Maione, invece, ha affrontato, dal punto di vista della filosofia del diritto, la delicata questione relativa al manifestarsi nel nostro ordinamento di fenomeni sempre più diffusi di formazione giurisprudenziale del diritto, paventando un declino della legge.

Le conclusioni sono state affidate ad Andrea Patroni Griffi che, nel solco della lezione del Calamandrei, ha sottolineato mirabilmente come sia possibile individuare due piani in dialogo nel rapporto tra scienze naturali ed Elaborazione normativa, nell'alveo della tradizione liberale secondo cui il legislatore, utilizzando principi e regole, ordina il dialogo tra fatto e norma giuridica.

Il tentativo di aprire, attraverso il confronto interdisciplinare tra studiosi di varie aree scientifiche, una strada feconda e innovativa di ricerca, si è rivelato quanto mai stimolante e sicuramente troverà in prospettiva, ulteriori contributi e approfondimenti.

2. Pluralismo dei metodi scientifici e cognizione dei giudici..

Salvatore Satta (1902-1975), autore del manuale "Diritto processuale civile", aggiornato a cura del prof. Carmine Punzi e a lungo adottato come libro di testo in alcune delle più prestigiose Università italiane, affermava che: "Il diritto è l'unica forma di conoscenza che abbiamo, perché è l'esperienza stessa che si fissa nelle forme giuridiche" 735.

Ne "Il mistero del processo", il noto giurista e fine letterato si chiede cosa sia il processo, rispondendo con le parole di Bulgaro, per il quale *processus est actus trium personarum,*

[735] Il manuale al quale ci si riferisce è quello di **S SATTA E C. PUNZI**, *Diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 2000 (con appendice di aggiornamento del 2007).

actoris, rei, judici. Definizione apparentemente banale, ma che in realtà individua il *proprium* della funzione giurisdizionale, ovvero la terzietà del giudice rispetto alle parti del giudizio736.

In questo piccolo ma interessante libello Salvatore Satta si pone anche un altro fondamentale interrogativo: "Ma il processo? Ha il processo uno scopo? Non si dica, per carità, che lo scopo è l'attuazione della legge, o la difesa del diritto soggettivo, o la punizione del reo, e nemmeno la giustizia o la ricerca della verità: se ciò fosse vero sarebbe assolutamente incomprensibile la sentenza ingiusta, e la stessa forza del giudicato, che copre, assai più che la terra, gli errori dei giudici".

Parole certo non confortanti, alle quali si potrebbe replicare che scopo del processo è quanto meno di *tentare* la ricerca della verità. Le parole di Satta, tuttavia, mettono bene in evidenza come la giustizia umana sia una *giustizia processuale*, ovvero una giustizia basata sulla ricostruzione dei fatti risultante dal processo e dalle forme e regole in cui esso si sostanzia. La cognizione del giudice, invero, dipende molto dalla diligenza delle parti nella allegazione delle circostanze di fatto rilevanti oltre che nella formulazione delle richieste istruttorie, così come del resto la stessa risulta fortemente condizionata dalle norme sulla ammissibilità delle prove e in particolare dai filtri determinati da preclusioni e decadenze conseguenti alla scadenza dei termini fissati nelle varie fasi del giudizio.

D'altro canto, si deve anche tenere conto del rilievo determinante, nell'attività ermeneutica compiuta dal giudice, della precomprensione, intesa come la situazione in cui si trova l'interprete che si accinge a comprendere un testo o a ricostruire un fatto, costituita da uno sfondo di giudizi antecedenti, prodotti sia dalla memoria culturale della tradizione, sia dal suo personale orizzonte di attese, in base ai quali egli cerca di cogliere il significato globale dell'oggetto di indagine.

Come bene messo in evidenza dalla teoria dell'argomentazione, infatti, il solo riferimento alla lettera delle disposizioni normative e ai fatti concreti da sussumere nella ipotesi astratta, non è sufficiente a realizzare una corretta interpretazione e applicazione del diritto, essendo necessario, a tal fine, introdurre elementi fattuali e valutativi che non sono offerti dal legislatore737.

---

[736] **S. SATTA**, *Il mistero del processo*, Milano, Piccola biblioteca Adelphi, 1994.

[737] Per una ricostruzione organica di questo filone di pensiero cfr. **M. LA TORRE**, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, in collana Giuristi stranieri di oggi, Milano, Giuffrè, 1998. Ivi ci si riferisce, in particolare e in contrapposizione al positivismo di Hans Kelsen, a **E. BETTI**, *Teoria generale dell'interpretazione*, voll. I e

I dati scientifici prodotti attraverso processi cognitivi propri di aree scientifiche diverse da quella giuridica concorrono significativamente a determinare la precomprensione del giudice, entrando nel processo sia come elementi fattuali e/o valutativi da utilizzare nella ricostruzione del fatto, sia come elementi di integrazione del parametro normativo nel quale sussumere i fatti del giudizio.

Del resto, non solo i dati scientifici consolidati, prodotti da altre scienze, vengono introdotti nel giudizio come elementi di conoscenza già acquisiti, ma gli stessi metodi cognitivi propri di scienze diverse da quella giuridica vengono utilizzati per raggiungere risultati conoscitivi all'interno del processo.

Come è noto l'art. 63, quarto comma, del codice del processo amministrativo include la consulenza tecnica d'ufficio, insieme alla verificazione, tra le prove. Ciò malgrado, tuttora, parte della dottrina esclude la consulenza tecnica da tale ambito. L'origine della concezione del perito come ausiliario del giudice si ritrova già negli scritti di Polacco, maestro di Carnelutti. Tuttavia, la negazione della natura probatoria della perizia, sino ad allora pacifica, fu opera non di Polacco ma di Carnelutti. Tale tesi venne recepita dal codice di procedura civile del 1940, ma è stata pressoché totalmente superata nella prassi giurisprudenziale degli ultimi decenni nel processo civile. Pertanto, l'inquadramento, operato dalle codificazioni più recenti, della consulenza tecnica nell'ambito delle prove, analogamente a quanto avviene per la verificazione, costituisce il frutto di una scelta meditata da parte del legislatore738.

Ormai, in molti giudizi la consulenza tecnica d'ufficio è diventata il principale mezzo di prova e il principale strumento del giudice per raggiungere la conoscenza dei fatti del giudizio. Tanto che spesso i mezzi di prova orali, soprattutto nell'ambito dei procedimenti cautelari e più in generale del processo civile, vengono assunti solo all'esito della consulenza tecnica d'ufficio e sempre che il giudice ne ravvisi la rilevanza alla luce dei risultati raggiunti dalla perizia effettuata.

Ad esempio, nei giudizi in materia di diritto di famiglia, nei quali si controverte

---

II, Milano, Giuffrè, 1955; **K. ENGISCH**, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg, Winter, 1963; **J. ESSER**, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt a. M., Athenäum Fischer Taschenbuch Verl, 1970; **A. KAUFMANN**, *Problemgeschichted er Rechtsphilosophie*, in A. Kaufmann e W. Hassemer (ed.), *Einfuhrung in Rechtsphuosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 5 ed., Heidelberg, C . E Müller Juristischer Verlag, 1989.

[738] Il dibattito dottrinale sul tema è ripercorso con puntualità e completezza ricostruttiva in **N. DI MODUGNO**, *Francesco Carnelutti, Salvatore Satta e la controversa natura della perizia*, in *Giustamm – Rivista di diritto amministrativo*, n. 2/2017.

sull'affidamento dei minori, spesso accade che il giudice, prima ancora di sentire i testimoni indicati dalle parti, disponga una consulenza tecnica d'ufficio affinché uno psicologo, sentiti i genitori ed eventualmente i minori, indichi le soluzioni preferibili da adottare, nel caso di specie, per salvaguardare lo sviluppo psicofisico dei figli e garantire un punto di equilibrio ragionevole tra le diverse richieste dei genitori.

Nei giudizi cautelari che scaturiscono da presunte situazioni di pericolo connesse alla stabilità di immobili, per fare un ulteriore esempio che si verifica di frequente nell'esperienza, il giudice senza neppure sentire gli informatori indicati dalle parti, dispone come prima attività istruttoria una consulenza tecnica d'ufficio, demandando a un ingegnere, a un geometra o a un architetto, a seconda dei casi, il compito di appurare la stabilità dell'immobile e la sussistenza o meno dello stato di pericolo invocato a fondamento della pretesa.

La legislazione antidiscriminatoria, adottata in recepimento delle direttive comunitarie in materia, prevede espressamente il ricorso alla prova statistica per la dimostrazione, in sede giurisdizionale, della sussistenza della condotta discriminatoria.

Nel campo giuslavoristico è particolarmente nota la vicenda dei licenziamenti collettivi adottati in una fabbrica di produzione di autoveicoli, quando, in sede giurisdizionale, la prova della illegittimità dei licenziamenti per condotta antisindacale, venne raggiunta attraverso la constatazione che statisticamente non appariva ragionevole ritenere che fosse meramente casuale l'iscrizione al medesimo sindacato di tutti i lavoratori licenziati.

Numerose cause in materia di diritto societario richiedono per la loro risoluzione l'applicazione di categorie e concetti elaborati dall'economia aziendale, sia con riferimento al bilancio sia con riferimento alle altre scritture contabili.

Nel campo della colpa professionale medica, per indicare un caso particolarmente frequente, ai fini dell'accertamento della responsabilità civile, si ricorre quasi sempre al calcolo probabilistico. E per questa via, viene riconosciuta spesso la sussistenza della colpevolezza del medico, anche quando lo stesso era stato magari assolto nel corrispondente giudizio penale, dove la prova del fatto storico deve essere necessariamente più rigorosa.

Del resto, persino nel campo penalistico, dove vige un principio di stretta legalità, dove la condotta criminosa deve essere naturalisticamente descritta, dove la prova del fatto storico dovrebbe essere rigorosamente raggiunta nel contradditorio delle parti in dibattimento e

dove esiste un principio di oralità del processo, l'accertamento dei fatti avviene di sovente attraverso il ricorso a scienze diverse da quella giuridica, come quella balistica, quella genetica, quella informatica.

Fondamento comune a tutte le scienze può essere considerato il ricorso alla logica formale e il metodo di ricercare la soluzione dei problemi mediante il ragionamento. Tuttavia, abbiamo due tipi diversi di ragionamento: algoritmi ed euristiche. L'algoritmo è un procedimento di calcolo che si basa sull'applicazione di un numero finito di regole che determinano in modo meccanico tutti i singoli passi del procedimento stesso. La ricerca di algoritmi ha assunto particolare rilevanza con l'affermazione dell'informatica perché i computer sono essenzialmente esecutori di algoritmi. In effetti, gli algoritmi sono spesso inattuabili per i processi cognitivi degli esseri umani perché richiederebbero di prendere in considerazione troppe variabili. Per questo motivo, si ricorre spesso alle euristiche, ovvero a strategie di risoluzione dei problemi basate su un numero limitato di alternative, selezionate in quanto ritenute le più promettenti, così da ridurre il campo di ricerca.

Tuttavia, questo secondo modo di procedere, basandosi su modelli mentali precostituiti, può portare a una impostazione mentale negativa, per cui apprendimenti precedenti finiscono per influire negativamente su nuovi apprendimenti che richiedono processi cognitivi o strategie differenti. Questa rigidità nell'affrontare i problemi può condurre a una fissità funzionale, ovvero a un meccanismo mentale consistente nella tendenza a prendere in considerazione gli elementi di un problema secondo il loro uso comune o tradizionale, mentre la soluzione richiederebbe che tali elementi venissero utilizzati in un ruolo insolito. Purtroppo, talvolta, le euristiche vengono impiegate anche in casi in cui ci sia una dose di incertezza nelle informazioni che possediamo. Pertanto, in questi casi, le euristiche possono facilmente condurre le persone che svolgono il ragionamento in errore. Questo accade, in particolare, nel caso dell'euristica dell'accessibilità (consistente nel valutare la probabilità di un evento sulla base della facilità con cui ci vengono in mente esempi pertinenti) e nel caso dell'euristica della rappresentatività (quando si compie una valutazione sulla base di modelli e non dei dati in nostro possesso).

L'errore nel ragionamento da cui può essere affetto un processo cognitivo di tipo euristico, può portare, dunque, il giudice a considerare come vere delle asserzioni false e viceversa a

ritenere false delle asserzioni vere739.

Per quanto, poi, retoricamente, il giudice sia qualificato *peritus peritorum*, appare evidente come, nella maggior parte dei casi, lo stesso non abbia gli strumenti per valutare la correttezza dei risultati raggiunti sulla base di metodi e di dati scientifici diversi da quelli giuridici.

La teoria dell'argomentazione trova particolarmente riscontro nella giurisprudenza delle Corti costituzionali che sono inevitabilmente costrette a fare ricorso alla precomprensione per riuscire a svolgere le proprie funzioni secondo modalità tecnico-giuridiche.

Non a caso, Carl Schmitt negava la possibilità di effettuare un controllo sulla legittimità costituzionale delle leggi seguendo itinerari logico argomentativi di tipo giurisdizionale, ritenendo che la verifica sulla costituzionalità delle leggi dovesse seguire logiche politiche e dovesse essere affidata a un organo di natura politica: il custode della Costituzione740.

Tale affermazione, si fondava sulla constatazione che il parametro da utilizzare nell'esercizio della funzione di controllo sulla legittimità costituzionale delle leggi è costituito da disposizioni estremamente elastiche o aperte, ovvero da disposizioni che, per loro natura, possono essere assoggettate a una pluralità di itinerari ermeneutici.

Ciò dipende dal fatto che le norme costituzionali consistono raramente in regole o norme di dettaglio, essendo quasi sempre norme di principio, talvolta di carattere programmatico. Inoltre, si deve considerare che la genesi convenzionale o pattizia dei testi costituzionali, conduce spesso il costituente alla ricerca di espressioni polisense che favoriscano una sintesi superiore tra le diverse posizioni politiche, culturali e ideali, mediante una compenetrazione degli opposti.

La conseguenza è che le disposizioni costituzionali lasciano solitamente un ampio margine di discrezionalità al legislatore nella scelta delle soluzioni normative da adottare per dare svolgimento ai principi costituzionali. Sicché, secondo la teoria schmittiana, non sarebbe possibile la sussunzione nel parametro costituzionale della norma legislativa di cui si dubita sotto il profilo della legittimità.

---

739 Su euristiche e algoritmi, *ex plurimis*, cfr. **M. CERVINI**, *La terza via al problem solving: prassi euristica e illusione algoritmica, un compromesso*, Roma, M.C.A., 1992; **L. MACCHI**, *Il ragionamento probabilistico: ruolo delle euristiche e della pragmatica*, Firenze, La nuova Italia, 1994; **P. E. HART, N. J. NILSSON E B. RAPHAE**, *Correction to "A Formal Basis for the Heuristic Determination of Minimum Cost Paths"*, in *SIGART Newsletter*» 1972; **N. J. NILSSON**, *Principles of Artificial Intelligence*, Palo Alto, California, Tioga Publishing Company, 1980.

740 **C. SCHMITT**, *Il custode della Costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano, Giuffrè, 1981.

Come è noto, la sussunzione è un procedimento di tipo sillogistico, mediante il quale tipicamente il giudice, data la premessa maggiore costituita dal parametro normativo del giudizio e la premessa minore costituita dall'oggetto del giudizio, perviene a una sintesi consistente nella verifica sulla inquadrabilità o meno dell'oggetto nel parametro.

Quando il parametro è troppo indefinito, tuttavia, non è possibile effettuare la sussunzione secondo logiche tecnico-giuridiche perché l'attività di controllo finisce inevitabilmente per scadere nell'arbitrio, traducendosi in una valutazione di merito o di opportunità sulle scelte discrezionali del legislatore.

Agli antipodi rispetto alla posizione teorica di Carl Schmitt, si colloca il pensiero giuspositivista di Hans Kelsen che considera il sistema giuridico come un insieme coerente di norme ricavate in via deduttiva a partire da una *Grundnorme* dalla quale deriverebbero tutte le norme costituzionali e per via discendente quelle legislative. In questa prospettiva, non può che ritenersi assolutamente possibile la sussunzione delle norme legislative in quelle costituzionali al fine di effettuare il controllo di legittimità costituzionale delle leggi secondo metodologie tecnico-giuridiche. Del tutto consequenzialmente, pertanto, Kelsen riteneva che la funzione di controllo sulla legittimità costituzionale delle leggi non potesse che essere affidata a un organo di natura giurisdizionale, che operasse secondo logiche giurisdizionali741.

La Corte costituzionale italiana - nella consapevolezza di dover maneggiare parametri particolarmente elastici, al fine di evitare sovraesposizioni e accuse di compiere valutazioni politiche, prendendo decisioni caso per caso, senza una legittimazione democratica diretta che giustifichi l'invasione di campo in ambiti rimessi alla discrezionalità del legislatore - ha elaborato delle tecniche di integrazione del parametro che le consentono di renderlo sufficientemente specifico da sussumere la norma legislativa oggetto della questione nel parametro stesso secondo logiche argomentative di tipo tecnico-giuridico.

La tecnica più risalente e più nota di integrazione del parametro è costituita dalla norma interposta742. La norma interposta è, infatti, una norma che, pur non avendo rango costituzionale, viene utilizzata dalla Corte costituzionale per integrare il parametro di un

741 **H. Kelsen**, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, a cura di R. Treves, Torino, Einaudi, 1967.

742 La prima formulazione della teoria della norma interposta risale a Carlo Lavagna, cfr. in particolare **C. Lavagna**, *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della "manifesta fondatezza"*, Milano, Giuffrè, 1957. Una rivisitazione aggiornata e dogmaticamente attrezzata della categoria, alla luce della giurisprudenza costituzionale, si rinviene in **M. Siclari**, *Le norme interposte nel giudizio di costituzionalità*, Padova, CEDAM, 1992.

giudizio di legittimità costituzionale perché prodotta da una fonte legale di diritto oggettivo richiamata espressamente dalla disposizione costituzionale in questione. Esempio classico di fonte idonea a produrre norme interposte è la legge delega rispetto all'art. 76 Cost. e rispetto all'art. 77 comma 1 Cost. Altri esempi sono: la legge cornice, rispetto all'art. 117 comma 3 Cost.; lo statuto ordinario, rispetto all'art. 123 Cost.; il decreto legislativo attuativo dello statuto speciale rispetto alle disposizioni costituzionali della legge costituzionale di approvazione dello statuto.

In altri casi, la Corte costituzionale, per integrare il parametro del giudizio di legittimità costituzionale, utilizza delle norme non prodotte da fonti legali dell'ordinamento di produzione di diritto oggettivo espressamente richiamate dalla disposizione costituzionale. Questa ultima modalità di specificazione del parametro può basarsi su fonti legali dell'ordinamento nazionale (come avviene quando la Corte costituzionale utilizza un *tertium comparationis* o quando effettua lo scrutinio di coerenza della scelta discrezionale del legislatore rispetto alle politiche legislative in corso nella materia o rispetto al sistema delle norme legislative in vigore nella materia), oppure su fonti *extra ordinem* (come avviene quando il giudice delle leggi utilizza le norme della CEDU, come interpretate dalla Corte EDU, per integrare il parametro del giudizio).

Ma la Corte costituzionale si è spinta molto oltre, utilizzando quali elementi di integrazione del parametro anche dei dati meramente fattuali e privi di carattere normativo (fatti sociali, fatti politici, fatti culturali) oppure utilizzando dati forniti da scienze diverse da quella giuridica.

Emblematica, con riferimento all'utilizzo di dati fattuali per l'integrazione del parametro, la sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2010 (che si potrebbe definire di incostituzionalità accertata ma non dichiarata) con la quale la Corte ha fatto salva la *social card* giustificando la misura legislativa sulla base della constatazione che il legislatore aveva adottato tale normativa in una situazione di crisi economica[743].

[743] Si legge, infatti, nel paragrafo 6.4 del considerato in diritto: «Questa Corte ha ben presente, al riguardo, il disposto dell'art. 119, quarto comma, Cost., secondo cui le funzioni attribuite alle Regioni sono finanziate integralmente dalle fonti di cui allo stesso art. 119 (tributi propri, compartecipazioni a tributi erariali e altre entrate proprie). Ritiene, peraltro che, in mancanza di norme che attuino detto articolo (è noto che la legge delega 5 maggio 2009, n. 42, che fissa i principi della materia, deve essere ancora attuata), l'intervento dello Stato sia ammissibile nei casi in cui, come quello di specie, esso, oltre a rispondere ai richiamati principi di eguaglianza e solidarietà, riveste quei caratteri di straordinarietà, eccezionalità e urgenza conseguenti alla situazione di crisi internazionale economica e finanziaria che ha investito negli anni 2008 e 2009 anche il nostro Paese. Pertanto, la suindicata finalità ed il contesto nel quale è stato realizzato detto intervento valgono a differenziarlo dalle ipotesi, soltanto apparentemente omologhe, in cui il legislatore statale, in materie di

Sono ormai numerose, d'altro canto, le sentenze nelle quali la Corte costituzionale utilizza dati scientifici per integrare il parametro del giudizio di legittimità costituzionale. Valga, in questa sede, a mero titolo di esempio, il richiamo alla sentenza n. 151 del 2009, con la quale, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre»; nonché l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 3, della legge n. 40 del 2004 nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna[744].

La seconda dichiarazione di incostituzionalità contenuta nel dispositivo della sentenza in esame, concernente il comma 3 dell'art. 14 della legge 40 del 2004, si presenta come una pronunzia additiva di principio. Infatti, la Corte costituzionale sanziona una omissione del legislatore che non ha previsto una disciplina legislativa idonea a salvaguardare la salute della donna che riceve l'impianto. Pertanto, la Corte non si sostituisce del tutto al legislatore, come avrebbe fatto se si fosse spinta fino al punto da prescrivere le modalità da seguire al fine di evitare conseguenze pregiudizievoli per l'aspirante madre, ma lascia alla discrezionalità del legislatore uno spazio di attuazione del principio costituzionale affermato.

La sentenza in esame appare particolarmente interessante perché la Consulta utilizza un dato puramente fattuale, quali sono le conoscenze scientifiche, come elemento di integrazione del parametro del giudizio di legittimità costituzionale. Ad avviso della Corte costituzionale, infatti, il corretto punto di equilibrio tra le esigenze di tutela degli embrioni

---

competenza regionale, prevede finanziamenti vincolati, ovvero rimette alle Regioni l'istituzione di una determinata misura, pretendendo poi anche di fissare la relativa disciplina».

[744] Sulla giurisprudenza costituzionale in tema di fecondazione medicalmente assistita, ex plurimis, cfr. **A. Patroni Griffi**, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, 2015. Sia consentito, in questa sede, anche il rinvio a **F. Pastore**, *Il diritto di procreare: orientamenti di giurisprudenza costituzionale*, in *federalismi.it*, Focus Human Rights, n. 1/2017.

Sulla sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009 cfr., in particolare, S. **Agosta**, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 19 settembre 2009; **D. Chinni**, *La procreazione medicalmente assistita tra "detto" e "non detto". brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004*, in *Consulta OnLine*, rubrica Studi, 2009; G. **Di Genio**, *Il primato della scienza sul diritto (ma non sui diritti) nella fecondazione assistita*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 20 maggio 2009; L. **Trucco**, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, in *Consulta OnLine*, rubrica Studi, 2009.

e quella di tutela della salute della aspirante madre non può essere individuato una volta e per tutte dal legislatore attraverso valutazioni astratte ma deve lasciare spazio a una valutazione medica che tenga conto anche delle condizioni generali di salute della donna che intende ricevere l'impianto[745].

Altrettanto significativa, in tal senso, appare la recentissima sentenza della Corte costituzionale n. 242 del 2019 in tema di aiuto al suicidio, nella quale la Corte costituzionale, nel riconoscere il ruolo decisivo del giudice nell'accertamento della sussistenza dei presupposti per escludere la punibilità, sottolinea come tale decisione non possa prescindere dalle valutazioni espresse dai medici sul caso in questione. Si legge, infatti, a tale riguardo nel paragrafo 7 del considerato in diritto: «Occorrerà dunque che le condizioni del richiedente che valgono a rendere lecita la prestazione dell'aiuto – patologia irreversibile, grave sofferenza fisica o psicologica, dipendenza da trattamenti di sostegno vitale e capacità di prendere decisioni libere e consapevoli – abbiano formato oggetto di verifica in ambito medico; che la volontà dell'interessato sia stata manifestata in modo chiaro e univoco, compatibilmente con quanto è consentito dalle sue condizioni; che il paziente sia stato adeguatamente informato sia in ordine a queste ultime, sia in ordine alle possibili soluzioni alternative, segnatamente con riguardo all'accesso alle cure palliative

[745] Dirimenti, in tal senso le considerazioni svolte al punto 6 del considerato in diritto della sentenza in esame, di seguito riportate. «Al riguardo, va segnalato che la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente posto l'accento sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica: sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali (sentenze n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002).
La previsione della creazione di un numero di embrioni non superiore a tre, in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive della donna che di volta in volta si sottopone alla procedura di procreazione medicalmente assistita, si pone, in definitiva, in contrasto con l'art. 3 Cost., riguardato sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza e di quello di uguaglianza, in quanto il legislatore riserva il medesimo trattamento a situazioni dissimili; nonché con l'art. 32 Cost., per il pregiudizio alla salute della donna – ed eventualmente, come si è visto, del feto – ad esso connesso.
Deve, pertanto, dichiararsi la illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, della legge n. 40 del 2004 limitatamente alle parole "ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre".
L'intervento demolitorio mantiene, così, salvo il principio secondo 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, ma esclude la previsione dell'obbligo di un unico e contemporaneo impianto e del numero massimo di embrioni da impiantare, con ciò eliminando sia la irragionevolezza di un trattamento identico di fattispecie diverse, sia la necessità, per la donna, di sottoporsi eventualmente ad altra stimolazione ovarica, con possibile lesione del suo diritto alla salute.
Le raggiunte conclusioni, che introducono una deroga al principio generale di divieto di crioconservazione di cui al comma 1 dell'art. 14, quale logica conseguenza della caducazione, nei limiti indicati, del comma 2 – che determina la necessità del ricorso alla tecnica di congelamento con riguardo agli embrioni prodotti ma non impiantati per scelta medica – comportano, altresì, la declaratoria di incostituzionalità del comma 3, nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come previsto in tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna».

ed, eventualmente, alla sedazione profonda continua. Requisiti tutti la cui sussistenza dovrà essere verificata dal giudice nel caso concreto»746.

Il progresso scientifico e tecnologico produce spesso fattispecie inedite che richiedono una regolamentazione giuridica[747]. Si può discutere su quali siano le modalità preferibili da adottare per colmare tali vuoti normativi[748].

L'idea di evitare una disciplina di diritto oggettivo, valida *erga omnes*, per lasciare la disciplina dei rapporti in questione interamente all'autonomia negoziale, sembra cozzare con la constatazione che spesso in questi casi sono in gioco diritti fondamentali della persona umana che non sono disponibili.

Il rischio principale, in questo caso, sarebbe quello di lasciare alla logica economicistica del mercato la definizione dei rapporti in gioco a detrimento delle parti più deboli che potrebbero essere indotte dal bisogno economico ad alienare la propria dignità, la propria salute e il proprio corpo.

In un sistema di *civil law* come il nostro, d'altra parte, affidare esclusivamente alla decisione dei Giudici la regolazione di situazioni inedite e prive di una disciplina legislativa sarebbe ingeneroso nei confronti dei magistrati che sarebbero chiamati a decidere questioni complesse e cariche di implicazioni morali senza potersi avvalere di un ancoraggio adeguato a norme legislative quanto meno in grado di costituire una cornice di principi.

Il ricorso a una disciplina legislativa dettagliata delle fattispecie inedite generate dal progresso scientifico e tecnologico, a sua volta, presenta delle serie contro-indicazioni, sia perché il legislatore non riesce sempre a tenere il passo con la rapidità dei mutamenti in atto, sia perché una normativa legislativa eccessivamente dettagliata rischierebbe di divenire rapidamente obsolescibile a causa delle successive frequenti innovazioni.

Tuttavia, in una democrazia matura non può che essere il legislatore statale a dettare una disciplina giuridica dei rapporti considerati, giacché solo le camere parlamentari hanno il grado di rappresentatività e di pluralismo necessario per individuare e perseguire gli

---

[746] Sul tema sia consentito, *ex plurimis*, il rinvio a **F. Pastore**, *Alcune riflessioni sulla questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'assise di Milano con ordinanza del 14.2.2018 con riferimento al reato di aiuto al suicidio*, in *Rivista telematica "Diritti fondamentali"*, pubblicato in data 23.4.2019.

[747] Sulla natura dinamica degli ordinamenti giuridici e sulla storicità degli stessi cfr., in particolare, P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, ESI, 1991.

[748] Sulle tecniche di regolamentazione giuridica delle fattispecie inedite prodotte dallo sviluppo della ricerca scientifica e tecnologica, cfr., *ex plurimis*, L. Chieffi, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, ESI,1993; S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, Il Mulino, 1995.

interessi generali, oltre che per trovare un discrezionale quanto ragionevole punto di equilibrio tra le esigenze di tutela dei vari beni costituzionali implicati.

Affinché la necessaria disciplina legislativa sia coerente col sistema delle fonti di produzione normativa e non sia rapidamente obsolescibile è preferibile però che presenti maglie larghe, ovvero che ponga solo delle norme di principio lasciando un adeguato spazio alla legislazione regionale negli ambiti di sua competenza concorrente o ai regolamenti governativi nelle materie di competenza legislativa statale non coperte da riserva di legge assoluta. Una disciplina di principio, inoltre, è più facilmente adattabile dai giudici ai casi concreti che di volta in volta si trovino a esaminare e che presentano, talvolta, connotazioni molto peculiari.

La pretesa giuspositivistica che il legislatore preveda una norma dettagliata per ogni singola ipotesi da regolare, nella quale sussumere la fattispecie concreta sulla base di una interpretazione meramente letterale della disposizione, appare del tutto illusoria alla luce di tali considerazioni. Appare, infatti, inevitabile che il giudice, nella interpretazione delle disposizioni normative da applicare, faccia ricorso alla precomprensione, introducendo elementi fattuali e dati scientifici per ricostruire correttamente i fatti e sussumerli nell'ipotesi normativa.

Appare pertanto pienamente condivisibile la posizione della Corte costituzionale ben sintetizzata nel punto quattro del considerato in diritto della sentenza n. 347 del 1998, dove si può leggere a tal proposito: «L'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore. Tuttavia, nell'attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali»[749].

Quando poi, finalmente, il legislatore interviene a dettare una disciplina delle fattispecie inedite determinate dallo sviluppo scientifico e tecnologico, compete comunque alla Corte costituzionale verificare che la discrezionalità del legislatore sia stata esercitata in modo

[749] Con la sentenza richiamata, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile per difetto di rilevanza, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 235 del codice civile sollevata in via incidentale dal Tribunale di Napoli.
La Consulta, infatti, ha escluso nella pronuncia richiamata che la norma relativa al disconoscimento del figlio nato da una relazione adulterina potesse essere applicata in via analogica al disconoscimento del figlio nato in costanza di matrimonio da una fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo alla quale il coniuge aveva prestato il proprio preventivo consenso.

ragionevole e abbia realizzato un adeguato bilanciamento dei beni costituzionali coinvolti[750].

L'utilizzo delle conoscenze prodotte dalle altre scienze e dei diversi metodi di ricerca nella sede giurisdizionale, presuppone, tuttavia, che si formi un *in idem sentire* tra scienza giuridica e altre aree scientifiche. Per questo, la ricerca di una logica e di un linguaggio comune tra scienza giuridica e altre aree scientifiche è uno dei compiti più attuali e urgenti dei giudici, ma più in generale di tutti gli studiosi e di tutti gli operatori del diritto.

Lo strumento da utilizzare a tal fine non può che essere il principio supremo della filosofia ermeneutica: l'arte del colloquio.

Concludendo con le parole di Gadamer, si può infatti affermare che: "Il principio supremo dell'ermeneutica filosofica è [...] che non possiamo dire ciò che vorremmo per intero. Siamo sempre rimasti un po' indietro, se non riusciamo a dire tutto ciò che propriamente volevamo. Ma cosa volevamo propriamente? [...] Volevamo convenire con l'altro [...]. Con una parola, volevamo trovare il linguaggio comune. Ciò si chiama colloquio"[751].

[750] Sullo scrutinio di ragionevolezza cfr., in particolare, M. **Scudiero e S. Staiano** (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto costituzionale italiano e comparato dell'Università degli studi di Napoli Federico II, nº 1, Napoli, Jovene, 1999.

[751] **H. G. Gadamer**, *L'Europa e l'oikoumene*, in J. Bednarich (a cura di), *L'Europa e la filosofia*, Venezia, Marsilio, 1999, p. 50.

PREFAZIONE.

di Antonio Punzi**

Il Seminario di studi su "Processi cognitivi e cognizione giurisdizionale", grazie ai profondi ed importanti contributi forniti dai relatori a muovere dalle rispettive aree scientifiche di riferimento, rappresenta una felice occasione per riflettere sulla misura e sui modi in cui l'era delle macchine digitali sta modificando i processi cognitivi e decisionali del giurista. Ad avviso di chi scrive, un tale cambiamento sta avvenendo in modalità affatto peculiari, facendo venir fuori - quasi maieuticamente - qualcosa che è specifico dello stesso *logos* della giurisprudenza.

Se si muove dalla distinzione, suggerita dal massmediologo belga-canadese Derrick De Kerckhove, tra l'era della scrittura e l'era dell'elettricità, si può agevolmente dare atto che nel diritto moderno si sia affermata l'era della scrittura: è l'era, com'è noto, della redazione di codici o comunque di leggi nate per durare nel tempo e per governare l'incertezza, incanalando le decisioni dei giudici e i provvedimenti dell'amministrazione in schemi precostituiti. La scrittura della legge, dunque, come una forma atta a trattenere la mutevolezza dei contenuti e a cintenere la forza del movimento, istituendo un'asimmetria tra l'autorità di chi scrive la legge e la soggezione di chi la applica. E ciò tanto più nella misura in cui la legge, specie dopo la rivoluzione francese, era emanata dai rappresentanti del popolo e dunque applicarla in concreto significava rispettare la volontà fissata in forma di fattispecie dal novello sovrano.

L'odierno scenario è significativamente mutato. La tradizionale gerarchia delle fonti appare stravolta, la legge ha perso il suo primato, le regole vengono formulate a vari livelli: da legislatori sovra- ed infra-statuali, da giudici, dalle autorità di regolazione, dagli organismi di autodisciplina, dagli stessi privati nell'esercizio della loro autonomia.

Ecco che, all'atto della decisione, il giurista si trova spesso privo di una regola scritta chiaramente individuabile ed inequivocabilmente applicabile, al punto che egli, la

** Professore ordinario di Filosofia del diritto – Università LUISS "Guido Carli".

soluzione del caso, si trova spesso a doverla *inventare*, per dirla con Paolo Grossi. L'era dell'elettricità per il diritto è proprio l'era dell'invenzione: decidere diviene l'esito di un processo cognitivo complesso, nel quale il decisore si muove su un percorso non più unilineare, in cui deve tenere conto di fonti diverse, in costante aggiornamento, tra loro interagenti e spesso in potenziale conflitto. Ma v'è di più: nella società complessa, lo stesso fatto – il caso da decidere, la vicenda della vita – non è più *exemplum* di un modello scolpito in astratto, ma incide sulla stessa regola e sulla determinazione del suo significato.

Siamo entrati nell'età dell'incertezza: il decisore è situato nel punto di snodo di un processo cognitivo intersoggettivo, chiamato ad orientarsi in un quadro di riferimenti sempre cangiante e ad approdare alla decisione attingendo non solo a memorie e, banche dati, ma ad intelligenze artificiali che autonomamente rilevano e rielaborano dati normativi e fattuali.

Con tutto ciò che ne segue: i percorsi sinaptici del giurista divengono più flessibili, nuovi strumenti richiedono nuove strategie mentali e conseguentemente determinano cambiamenti neurali. Di più: se lettura e scrittura potevano liberare la mente dalla necessità di ricordare, i media digitali potrebbe addirittura liberare dalla necessità di pensare.

Di qui la legittima preoccupazione che, dalla ridondanza di dati e dall'invadenza di dispositivi artificiali, il giurista possa uscire soggiogato.

Sul punto, pur nei limiti della presente prefazione, sia consentita una suggestione. Il motivo per cui, ad avviso di chi scrive, nella giurisprudenza la macchina non sembra poter sostituire l'uomo – sempre che questi, anziché recepire pigramente le risposte, si addestri a formulare le giuste domande - è che l'intelligenza connettiva non fa che portare alle estreme conseguenze ciò che era implicito, benché celato, nella stessa era della scrittura giuridica.

Si pensi al diritto moderno, in specie a quello della tradizione continentale, che veniva codificato per essere applicato in modo certo, senza invenzioni, da un giudice significativamente immaginato come *macchina* del legislatore. Proprio in quanto scrittura che doveva essere interpretata e applicata a casi concreti, il diritto, se non mutava in termini di significanti, certo era destinato ad assumere, nel tempo, mutevoli significati. La scrittura, usata per contenere l'alea del tempo, veniva trascinata dalla necessità dell'interpretazione nel flusso del tempo, finanche contro la volontà del suo autore.

D'altronde, se, nei libri come nelle leggi stampate su carta, le parole sembrano starsene in quiete, l'interpretazione e l'argomentazione le mettono in movimento senza che questo possa davvero mai arrestarsi. È proprio in ragione della sua struttura ermeneutica, dunque, che l'intelligenza del diritto si manifesta come intelligenza condivisa, attraverso cui si ritrovano ad interagire – nel foro come sulle piattaforme - i tanti attori che continuamente fanno e rifanno il diritto: l'era dell'elettricità ha portato a galla e straordinariamente potenziato il *logos* stesso del diritto e la sua irriducibile complessità.

In tale complessità, d'altronde, il giurista non può certo smarrirsi, giacché sotto ogni *quaestio* si muovono interessi, beni della vita, domande di giustizia alle quali egli è pur sempre chiamato a dare risposta (B. Romano). Una risposta che tanto più potrà dirsi la migliore possibile, quanto più egli farà tesoro della sua consapevolezza ermeneutica – che è anche saggezza pratica, capace di decidere in modo ragionevole e conveniente al caso, offrendone adeguata motivazione – e, perché no, del valido ausilio di macchine intelligenti, che molto sanno, molto ricordano e dunque molto possono consigliare.

Non deve oltremodo inquietare, dunque, che queste macchine stiano modificando i processi cognitivi e decisionali del giurista. Lo cambiano, infatti, nel senso che lo riportano a sé stesso e alla sua vera funzione: esercitare il proprio ufficio, illuminato dalla *prudentia*, ma ben avvertito che il fare giustizia è per definizione opera aperta e intersoggettiva. Opera imperfetta, a ben vedere sovrumana, e rispetto alla quale gli alter ego digitali possono aiutare a sbagliare meno.

Il motto dell'era dell'elettricità assume così, per il giurista, un'intonazione socratica: *divieni ciò che sei*.

Quanto basta per escludere che, in un domani sempre più vicino, all'intelligenza artificiale, possa essere deferita qualsivoglia decisione sulle nostre vite e sulle nostre libertà.

MATEMATICA E COGNIZIONE GIURISDIZIONALE*.

di Sergio Bianchi **

Sommario. 1. Alcune coordinate storiche. – 2. Sistemi logico-formali: logica matematica e «logica» giuridica. – 3. Alcuni esempi. – 3.1. Probabilità. – 3.2. Calcolo finanziario. – 3.2.1. Anatocismo. – 3.2.2. Tassi d'usura. – 3.2.3. Valutazione dei titoli derivati. – 4. Considerazioni conclusive. – 5. Riferimenti bibliografici,

Il calcolo accurato è la porta d'accesso alla conoscenza di tutte le cose e agli oscuri misteri"
Papiro di Ahmes (1650 a.C. circa, XV dinastia)

1. Alcune coordinate storiche.

Risalenti nel tempo sono i punti di contatto tra pensiero matematico e cognizione giurisdizionale. Storicamente, le radici profonde di tale convergenza sono riconducibili ai tentativi – posti in essere a più riprese da grandi matematici – di definire strutture semantiche e formalizzare un calcolo logico-proposizional eapplicabile anche a questioni di natura giuridica, attraverso la deduzione sillogistica di verità fattuali, dato un nucleo di premesse non contraddittorie. Ad un livello meno profondo, la storia delle due discipline ha visto un impiego ancillare della matematica rispetto alla cognizione giurisdizionale, nel senso che la prima ha spesso fornito le basi argomentative per la risoluzione di problemi di natura giuridica suscettibili di essere trattati con l'ausilio di strumenti matematici anche sofisticati.

Per restare sul primo e più profondo livello, è soprattutto durante l'Illuminismo francese, con l'affermarsi del principio che la ragione fosse funzionale a spiegare e classificare gli eventi sulla base di leggi razionali, che emergono molti contributi rilevanti per il peso tanto delle argomentazioni quanto degli studiosi.

Uno tra gli esempi più noti ed illuminanti è costituito dal contributo del filosofo, matematico, logico, teologo, giurista, storico e magistrato Gottfried Wilhelm von Leibniz

* *Sottoposto a referaggio*.
** Professore ordinario di Metodi matematici dell'economia e delle scienze attuariali e finanziarie – Università degli studi di Roma "La Sapienza".

(1646-1716),padre del calcolo infinitesimale e considerato insieme a Samuel Pufendorf (1632-1694) uno dei maggiori esponenti del giusrazionalismo[752]. Il suo lavoro ebbe e continua ad avere un'influenza enorme sul pensiero filosofico che studia la logica e la retorica applicate alla giurisprudenza. La sostanza del ragionamento, sviluppato in *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae* (1667), è il seguente: poiché la conoscenza della legge presuppone la conoscenza di molte altre discipline, e poiché i principî giuridici sono derivati in misura non trascurabile da altre discipline, ne consegue che la riorganizzazione e la razionalizzazione sia della giurisprudenza che dell'educazione legale devono essere situate all'interno di una riforma dell'intero ciclo delle discipline. In altri termini – è questa la posizione che Leibniz argomenta nella sua tesi per conseguire la laurea magistrale in filosofia – la giurisprudenza deve essere fondata su principî filosofici universali. Solo in questo modo la giurisprudenza puòessere organizzata e razionalizzata sulla base di chiari principî, dai quali dedurre un sistema ordinato in grado di sostituire la serie confusa di leggi che caratterizzano il *corpus* giuridico. Per conseguire tale obiettivo e garantire la formulazione più compatta, la dimostrazione più rigorosa e l'educazione più efficiente possibile, il *corpus* di principî legali fondamentali e derivati deveessere articolato sotto forma di dimostrazioni geometriche e manipolato in modo combinatorio (Antognazza, 2009).

Più precisamente, tra gli altri obiettivi programmatici, Leibniz delinea la necessità di operare un lavoro di ricognizione e riordino della normativa vigente in modo da ripulire la stessa dalle aporie ed alle eccezioni, che minano la certezza dei rapporti giuridici ("se le regole hanno eccezioni sono inutili perché non si può fare affidamento su di esse"). Formula inoltre due regole fondamentali dell'*ars judicandi*: a) nessun parola può essere accettata senza spiegazioni; b) nessuna proposizione può essere accettata senza prove (Leibniz, 2012).

Nella *Dissertatio de Arte Combinatoria* (1666) – testo giudicato dallo stesso autore ancora allo stadio germinale e successivamente raffinato in *Specimen calculi universalis* (1679) e

[752] Nell'impostazione *giusrazionalista* di Pufendorf e Leibniz il diritto naturale può essere oggetto di una rigorosa analisi logica e razionale. Mediando tra il pensiero di Locke e quello di Hobbes, Pufendorf teorizza la laicizzazione del diritto, spingendosi ad affermare che tutti i valori ed i principî fondanti il diritto naturale sono governati da leggi analizzabili e ricostruibili con metodo scientifico, razionale e matematico. Leibniz sostiene l'estensione del potere giurisprudenziale a tutti i comportamenti umani, sia interni sia esterni. La norma deve essere rigorosa e chiara, deve cioè risultare perfetta da un punto di vista grammaticale e sostanziale. L'aspirazione ad un codice giuridico conciso e chiaro costituisce il fondamento della sua critica al Diritto Romano, corpus di regole che, originate dal diritto naturale, non raggiungono la concisione e la generalità di una *ratio* ultima.

in *Fundamenta calculi ratio cinatoris* (1688) – Leibniz si spinge nella ricerca di un «alfabeto del pensiero umano», di un metodo cioè in grado di definire un calcolo logico del pensiero, studiando come le idee semplici– analogamente alle lettere dell'alfabeto o ai numeri primi – possano combinarsi tra loro in base a regole precise[753]. In *Ratio corporis iuris reconcinnandi* (1668), "dopo avere asserito che l'intera esperienza giuridica romana si poteva ridurre "in un solo foglio" di regole generali […], nelle quali trovare le soluzioni per tutte le fattispecie proponibili, Leibniz propose alcune indicazioni metodologiche e nuovi criteri combinatori, mutuati dalle scienze matematiche, che costituirono un vero e proprio "prontuario di tecnica della codificazione" (Maruotti, 2010).

Sulla stessa linea del giusrazionalismo si innesta il lavoro di Christian Wolff (1679-1754). Teologo, matematico e filosofo, Wolff sviluppò nella sua opera più importante (*Ius naturae methodo scientifico pertractum*, collocabile tra il 1740 e il 1748) un sistema scientifico olistico attraverso il quale le regole giuridiche potevano dedursi applicando metodi matematici all'osservazione empirica. Sviluppando le idee di Pufendor, Wolff sostenne che scopo della legge era di supportare la perfezione dell'individuo e, sulla base di questa impostazione, si concentrò sulla distinzione tra azioni buone e cattive e sulle conseguenti

[753] Scrive Leibniz in *Della sintesi e dell'analisi universale (1690)*: «Quando, ragazzo, imparavo la logica, e solevo, già allora, andare un po' più a fondo nelle ragioni di quanto mi si insegnava, obiettavo ai maestri: perché, come vi sono categorie dei termini non complessi, con cui si ordinano le nozioni, non si fanno categorie anche dei termini complessi, con le quali ordinare le verità? Ignoravo che proprio questo fanno i geometri, con le loro dimostrazioni, e collocando le dimostrazioni in modo che l'una dipenda dall'altra. Mi sembrava che la cosa sarebbe stata del tutto in nostro potere, se avessimo avuto, anzitutto, le categorie vere dei termini semplici, e se, per ottenerle, si fosse costituito una sorta di nuovo alfabeto del pensiero, o catalogo dei generi sommi (o assunti come tali) come a, b, c, d, e, f, dalla cui combinazione si potessero formare le nozioni inferiori. Si deve sapere, infatti, che i generi si forniscono vicendevolmente le differenze, e che ogni differenza si può concepire come un genere, e ogni genere come una differenza; ed è altrettanto giusto dire "animale razionale", quanto, se si può formare quest'espressione, "razionale animale". Ma poiché i generi comunemente conosciuti non rivelano le specie per mezzo della loro combinazione, concludevo che non erano costituiti correttamente; e che, in verità, i generi immediatamente inferiori ai generi sommi dovevano essere binioni: ab, ac, bd, cf, etc.; i generi di terzo grado, ternioni, come abc, dfb, e cosí via. Ché se i generi sommi, o da assumersi come tali, fossero stati infiniti, come accade nei numeri (dove i numeri primi possono assumersi come generi sommi, potendosi considerare tutti i numeri pari come binari, tutti quelli divisibili per tre come ternari, etc., e potendosi esprimere il numero derivativo per mezzo del primitivo usato come genere: ogni senario è un binario ternario, etc.), almeno si doveva stabilire l'ordine dei generi sommi, come nei numeri, onde un ordine sarebbe risultato anche nei generi inferiori. E, proposta una specie qualsiasi, si sarebbero potute enumerare ordinatamente le proposizioni dimostrabili intorno ad essa, ovvero i predicati, tanto i più ampli quanto i convertibili, tra cui si potevano scegliere i più degni di nota. Sia, ad esempio, una specie y la cui nozione è abcd; e si ponga l in luogo di ab; m in luogo di ac; n in luogo di ad; p in luogo di bc; q in luogo di bd; r in luogo di cd, tutti binioni; e, ancora, i ternioni s per abc; vperabd; w per acd; x per bcd: questi saranno l'intera serie dei predicati di y, mentre i predicati convertibili di y saranno soltanto: ax, bw, cv, ds, lr, mq, np. [...] La definizione nominale consiste nell'enumerazione delle note o requisiti, sufficienti a distinguere la cosa da tutte le altre. Qui, se si richiedono sempre i requisiti dei requisiti, si dovrà finalmente pervenire alle nozioni primitive, che mancano di requisiti, o in senso assoluto, o nel senso che non ne hanno più di spiegabili a sufficienza da noi. È, questa, l'arte di trattare le nozioni distinte. All'arte, poi, di trattare le nozioni confuse appartiene il notare le nozioni distinte, o intese di per sé, o, quanto meno, risolubili, che accompagnano le confuse, e in virtù delle quali possiamo una qualche volta giungere alla causa, o a una certa risoluzione delle nozioni confuse.» (Sciacca & Schiavone, 1968, p. 156-157)

obbligazioni per l'individuo. Il suo approccio logico e metodologico ebbe un significativo impatto sulle codificazioni legislative seguenti (Foster & Satish, 2010).

È sempre dal fertile solco dell'Illuminismo che originano contributi dal contenuto meno filosofico e più pragmatico, sovente riconducibili alla tradizione dei probabilisti francesi, che a più riprese hanno tentato risposte analitiche ai numerosi problemi posti dall'applicazione delle norme nelle fasi processuali. Del resto, per usare le parole di Voltaire, "Quasi l'intera vita si basa sulle probabilità… E lo studio delle probabilità è la scienza dei giudici; una scienza da rispettare tanto quanto la loro autorità, poiché essa è il fondamento delle loro decisioni" (Voltaire, *Essai sur les probabilités en fait de justice*, 1772).

DISSERTATIO INAUGURALIS
MATHEMATICO-JURIDICA
DE
USU ARTIS
CONJECTANDI
IN JURE,
Quam
DIVINA JUVANTE GRATIA
Auctoritate & Justu
Magnifici & Amplissimi JCtorum Ordinis
in Academia Patria
pro
GRADU DOCTORATUS
In Utroque Jure legitime consequendo
Ad Diem 14 Junii A. C. M DCC IX.
L. H. Q. S.
Publice defendet
M. NICOLAUS BERNOULLI,
Basiliensis.
BASILEÆ,
Typis JOHANNIS CONRADI MECHEL.

Figura 1. Frontespizio della Dissertatio di Niklaus Bernoulli

A questo filone di stampo probabilistico è sicuramente da ascrivere la tesi di dottorato del matematico Niklaus Bernoulli (1687-1759).Nella sua *Dissertatio inauguralis mathematico-juridica de usuartis conjectandi in iure* (Basilea 1709), Bernoulli formalizzava e risolveva analiticamente questioni di rilevante impatto giuridico quali le basi matematiche per la dichiarazione di morte presunta, il calcolo di rendite, le aspettative di eredità, alcuni problemi legati all'istituto della fidejussione, o ancora questioni di probabilità legate alla veridicità delle testimonianze in un processo o alla dichiarazione di innocenza di un imputato.

Sempre alla valutazione delle probabilità è riconducibile e il contributo di Pierre-Simon Laplace (1749-1827). Autore di una versione generale del teorema di Bayes[754], Laplace ne mostrò alcune applicazioni in ambiti diversi come la meccanica celeste, le statistiche mediche (Laplace, 1814) e la formulazione di induzioni di natura giuridica (Daston, 1981, p. 287-309).Come osservano Schafer e Aitken nel saggio *Inductive, Abductive and Probabilistic Reasoning* (Bongiovanni, et al., 2018), "Fa parte della "versione di

[754] Il teorema di Bayes, utilizzato per calcolare la probabilità di una causa che ha prodotto un evento effettivamente verificatosi, può enunciarsi come segue: Sia $A_1, \dots, A_n$ una partizione dello spazio degli eventi Ω. Allora, dato l'evento E, si ha

$$P(A_i|E) = \frac{P(E|A_i)P(A_i)}{P(E)} = \frac{P(E|A_i)P(A_i)}{\Sigma_{k=1}^{n} P(E|A_k)P(A_k)}$$

essendo $P(A)$ la probabilità a priori (cioè che non tiene conto di informazioni circa E); $P(A|E)$ la probabilità a posteriori, cioè la probabilità condizionata di A, dato E; $P(E|A)$ la probabilità condizionata di E, dato A; e $P(E)$ la probabilità a priori di E, che costituisce la costante di rinormalizzazione della probabilità.

probabilità" del teorema di Bayes e in un contesto legale il suo uso è registrato nel famigerato caso Dreyfus. Lì, la domanda era: quali probabilità dovremmo assegnare all'evento che un documento contraffatto mostrasse determinate caratteristiche.

[...] poiché è assolutamente impossibile per noi (gli esperti) conoscere la probabilità a priori, non possiamo dire: questa coincidenza dimostra che il rapporto tra la probabilità della falsificazione e la probabilità inversa è un valore reale. Possiamo solo dire: dopo l'osservazione di questa coincidenza, questo rapporto diventa X volte maggiore di prima dell'osservazione. (Darboux et al. 1908, 504)"[755].

L'analisi probabilistica delle decisioni assunte dalla giuria in un processo costituisce invece il principale contributo di Nicolas de Condorcet (1743-1794), tra i primi ad applicare sistematicamente la matematica alle scienze sociali. Nel suo *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix* (1785), Condorcet delineò il risultato che in seguito diverrà noto come Teorema della giuria di Condorcet. Il teorema può essere formulato come segue:se i voti individuali X_i, $i = 1, \ldots, n$, sono ciascuno indipendente dall'altro, ed ogni votante prende la decisione corretta con probabilità $p > 1/2$, allora al crescere di $n$la probabilità che il gruppo pervenga ad una decisione corretta per voto di maggioranza tende ad uno.Diversamente, se ogni votante prende la decisione corretta con probabilità $p < 1/2$, allora la giuria ottima consiste di un singolo votante.

Astraendo dal problema della giuria, il teorema può essere formulato in tema di teoria della stima, dal momento che esso stabilisce che la probabilità di pervenire ad una conclusione esatta aggregando stime casuali indipendenti cresce se e solo se la probabilità di errore di ciascuna stima è inferiore al 50%.

[755] In originale: «It is part of the "odds version" of Bayes' theorem, and in a legal context its use is recorded in the infamous Dreyfus case. There, the question was what odds we should assign to the event that a forged document would display certain characteristics.
[...] *since it is absolutely impossible for us (the experts) to know the a priori probability, we cannot say: this coincidence proves that the ratio of the forgery's probability to the inverse probability is a real value. We can only say: following the observation of this coincidence, this ratio becomes X times greater than before the observation*. (Darboux et al. 1908, 504)»

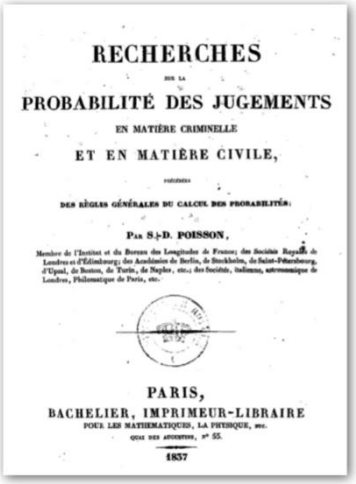

RECHERCHES
PROBABILITÉ DES JUGEMENTS
EN MATIÈRE CRIMINELLE
ET EN MATIÈRE CIVILE,
DES RÈGLES GÉNÉRALES DU CALCUL DES PROBABILITÉS:
PAR S.-D. POISSON,
PARIS,
BACHELIER, IMPRIMEUR-LIBRAIRE
1837

Figura 2. Frontespizio del volume di Siméon-Denis Poisson

Ancora più significativo è il fatto che la celeberrima distribuzione di Poisson[756] fu introdotta nel 1837 da Siméon Denis Poisson (1781-1840), nel suo importante libro *Recherchessur la probabilité des jugements en matière criminelle et en matière civile*. Nell'opera, e segnatamente nel capitolo V (*Applications des règles générales des probabilité saux décisions des jurys et aux jugements des tribunaux*), Poisson sviluppava – tra gli altri – temi come l'analisi della probabilità di condanna o assoluzione, a maggioranza determinata, dai giurati, condizionata alla colpevolezza; la probabilità che l'imputato, condannato o assolto, sia colpevole o innocente; l'indipendenza (dipendenza) della probabilità di un giudizio corretto dal numero dei giurati se la probabilità di non essere ingannati e data apriori (a posteriori), l'analisi delle probabilità al crescere del numero di giurati.

Dopo i contributi sopra menzionati, frutto come si è sottolineato dell'*âge des lumières*, le mutate condizioni storiche, il consolidarsi della tendenza della matematica all'astrazione e gli stessi, marcati progressi della disciplina in numerosi ambiti hanno probabilmente contribuito a rarefare le contaminazioni con il pensiero giuridico, che ha accentuato la sua connotazione umanistica.

Non sono mancati tuttavia, in anni molto più recenti, filoni di studio che hanno riproposto – e per certi aspetti tentato di sistematizzare – il dialogo metodologico tra le due discipline. Risale per esempio al 1966 la fondazione della rivista accademica *Jurimetrics*, emanazione dell'*American Bar Association*[757]. Il termine *giurimetria*, coniato nel 1949 da Lee Loevinger (Loevinger, 1949), si riferisce ad una metodologia di analisi che ha come obiettivo l'indagine delle questioni legali da un punto di vista probabilistico. A tale scopo, applicando strumenti quantitativi eterogenei, la disciplinastudia problemi di rilevanza giuridica come, per esempio, la rilevazione delle frodi contabili (legge di Benford), l'analisi dei fermi di polizia (regressione binomiale negativa), le prove legalmente ammissibili (rete

[756] La legge di Poisson costituisce uno dei paradigmi enunciabile come segue: Se il numero medio di occorrenze in un intervallo di tempo fisso è $\lambda > 0$, la probabilità che si verifichino esattamente k occorrenze ($k = 0, 1, 2, \ldots$) è

$$p(k) = P(X = k) = \frac{\lambda^k}{k!} e^{-\lambda}$$

[757] La rivista fu pubblicata dal 1959 al 1966 sotto il nome di *ModernUses of Logic in Law*.

bayesiana), i predittori delle recidive criminali, la formazione delle giurie (teoremi di Condorcet) e via di questo passo.

Seguendo l'esempio statunitense, sebbene con un taglio diverso da quello, dal 2015 anche in Italia viene edita, da *Alma Iura*, *Giurimetrica. Rivista di Diritto, Banca e Finanza*. Il periodico, che ospita contributi volti all'analisi di problematiche giuridiche del diritto bancario e finanziario mediante l'utilizzo di metodi matematici e di conoscenza economica e tecnico-finanziaria, si proponecome raccordo tra accademia e operatori in tema di rapporti tra il diritto, l'economia, la matematica e la finanza, segnatamente nell'ambito dei mercati e del mondo bancario.

Tali sinergie metodologiche si stanno arricchendo ultimamente di un'ulteriore connotazione, legata per lo più ai veloci e significativi sviluppi nel campo dell'intelligenza artificiale[758] ed alle sue potenziali ricadute in tema di certezza del diritto e prevedibilità dell'esito delle sentenze. Solo per restare alla produzione saggistica italiana si vedano al riguardo (Sartor, 1990; Sartor, 1996; Carleo, 2017).

In questa rapida rassegna, non può non essere menzionato anche il recente volume *Interpretazione della legge con modelli matematic i*nel quale Luigi Viola, a partire dall'articolo 12 delle Preleggi, tenta una matematizzazione del diritto basata sulla natura algoritmica delle disposizioni di legge che si presentano nella forma «se… allora», o – come direbbe un matematico – nella forma di implicazioni. Operando una traduzione dal linguaggio giuridico a quello matematico che tiene conto anche del grado di prevalenza (l'interpretazione letterale è prevalente sull'interpretazione per *ratio*, che prevale sull'analogia *legis*, la quale a sua volta prevale sull'analogia *iuris*), l'autore suggerisce che il metodo possa contribuire ad accrescere il grado di certezza delle conclusioni cui il ragionamento giuridico può pervenire.

2. Sistemi logico-formali: logica matematica e «logica» giuridica.

Come in parte già osservato a sommario commento del tentativo di Leibniz di fondare un

[758] Grossolanamente, l'Intelligenza Artificiale (in inglese Artificial Intelligence, termine coniato nel 1956 dai matematici statunitensi John McCarthy e Marvin Lee Misky) può definirsi come l'insieme degli studi e delle tecniche, prevalentemente sviluppate in ambito informatico attraverso algoritmi e moduli di logica matematica, che mirano a realizzare macchine o programmi capaci di risolvere problemi e/o riprodurre attività tipiche dell'intelligenza umana.

calcolo logico del pensiero, una delle questioni concettualmente più stimolanti in relazione al rapporto tra matematica e cognizione giurisprudenziale riguarda i fondamenti logici delle due discipline. In questi sta ciò che più differenzia i due approcci conoscitivi.

Quello matematico è un *sistema formale*, vale a dire un processo di ragionamento mediante il quale le «verità» sono dedotte dagli assiomi del sistema. Un sistema formale è composto sostanzialmente da tre elementi: (a) un *linguaggio* definito (oggettivo) di simboli e sintassi; (b) un insieme di *assiomi*, cioè un elenco finito di proposizioni generali la cui verità, dati i significati dei simboli, sia evidente, e (c) un insieme di *regole*, che consentono di dedurre nuove proposizioni dagli assiomi e dalle proposizioni già costruite. Volendo essere più tecnici, un sistema formaleΛè definito da:

1. Un insieme non vuoto, finito o numerabile, $\mathcal{A}$ di simboli detto *alfabeto* di Λ (una sequenza finita di elementi di $\mathcal{A}$ è detta *espressione* di Λ)
2. Un sottoinsieme $\mathcal{F}$ delle espressioni di Λ(detto insieme delle *formule* di Λ)
3. Un sottoinsieme Ax di $\mathcal{F}$ detto insieme degli *assiomi* di Λ.
4. Un insieme finito $\mathcal{R} \coloneqq \{R_1, \dots, R_n\}$ di relazioni tra formule di Λ dette *regole di inferenza*.
5. Per ciascuna $R_i \in \mathcal{R}$ esiste un unico intero positivo j tale che, per ogni insieme $\{A_1, \dots, A_j\}$ costituito da j formule (*premesse*) e per ogni formula A, sia possibile decidere se le j formule sono nella relazione R_i con A. In caso positivo, A è detta *conseguenza diretta* delle j formule date mediante R_i.

Ciò che caratterizza la logica matematica è dunque il fatto che il sistema di regole è valido a prescindere dal dominio e le proposizioni dedotte, la cui correttezza è *indipendente* dall'interpretazione degli argomenti, *ha lo stesso grado di certezza* delle premesse.

Un esempio può essere utile a comprendere il senso di quanto affermato. Si considerino le due seguenti inferenze:

Ogni coniglio è un mammifero	$\forall x(c(x) \rightarrow m(x))$
Esistono conigli non bianchi	$\exists x(c(x) \wedge \neg b(x))$

Non ogni mammifero è bianco	$\neg\forall x(m(x) \rightarrow b(x))$
Ogni casa è una mela	$\forall x(c(x) \rightarrow m(x))$
Esistono case non blu	$\exists x\big(c(x) \wedge \neg b(x)\big)$
Non ogni mela è blu	$\neg\forall x(m(x) \rightarrow b(x))$

Con riferimento alla colonna di destra, si osserva che:

a) le due inferenze – pur descrivendo fattispecie completamente distinte – hanno la *medesima struttura formale*, una volta che le espressioni siano formulate attribuendo i medesimi simboli;
b) la correttezza dell'inferenza, che conserva il grado di certezza delle premesse, *prescinde dalla*«*verità*», «*sensatezza*» o «*plausibilità*» delle stesse premesse o della conclusione.

La logica giuridica o *teoria del ragionamento giuridico*, come più correttamente dovrebbe chiamarsi, muove da assunti diversi e dalla consapevolezza che la deduzione, con buona pace del *logicismo giuridico*[759],può non avere lo stesso grado di certezza delle premesse. È questo il paradigmache costituisce lo sfondo del contributo di Chaïm Perelman (1912-1984), giurista e filosofo polacco ma di adozione belga, che dopo essersi occupato di logica matematica[760], ha approfondito la teoria del diritto e della giustizia (*De la Justice*, 1945),

[759] Nell'ambito della filosofia del diritto, il logicismo giuridico è l'espediente che il legalismo ha escogitato a giustificazione della pretesa che la legge esaurisca integralmente il diritto. Come argomenta Cosi: "[…] non si contesta il fatto evidente che la legge ha delle lacune, ma si sostiene che esse siano comunque colmabili attraverso delle operazioni 'logiche' capaci di tratta dalla legge nuovo diritto. Anche se gli altri metodi per colmare le lacune senza fare intervenire la valutazione autonoma del giurista non funzionano, il legalismo riuscirebbe comunque a salvarsi perché gli strumenti logici sono, in quanto tali, gli stessi per qualsiasi interprete; e se correttamente utilizzati porterebbero inevitabilmente agli stessi risultati certi e univoci, indipendentemente da colui che li utilizzi.
L'idea che la logica applicata alla legge riesca a produrre nuovo diritto escludendo l'intervento politico-giuridico dell'interprete discende direttamente dal mito positivista di fare del diritto una scienza esatta: una ben strana scienza se, com'è stato affermato senz'ombra di ironia, "dalla fine del XIX secolo la peculiare natura di questa scienza ha reso vani gli sforzi di assicurarle un posto nella gerarchia delle scienze"[10]. Il logicismo non è un optional che il legalismo può o meno concedersi: è la sua ultima risorsa di fronte al problema delle lacune […]" (Cosi, 2013, p. 219-220)
[760] I suoi saggi al riguardo sono *LesParadoxes de la Logique* del 1936 e *Une Solution desParadoxes de la Logique et sesConsequence pour la Conception de l'Infini* del 1937.

giungendo alla conclusione che la stessa non possa essere ricompresa negli schemi della filosofia occidentale post-cartesiana, la quale – procedendo per inferenze certe – esclude dall'idea di razionalità ciò che è solo probabile, verosimile, incerto o confuso. Poiché tuttavia – è la tesi di Perelman[761] – è solo nel campo del preferibile(e non in quello delle certezze razionali) che avviene il confronto etico sui valori, l'inadeguatezza dell'approccio cartesiano ad esplorare tale dominio induce il rischio che lo stesso sia oggetto di conquista da parte del fondamentalismo, del dogmatismo, in ultima analisi dell'irrazionale. Per scongiurare tale deriva Perelman e Olbrechts-Tyteca elaborano la nuova retorica (o teoria dell'argomentazione), che si propone "lo studio delle tecniche discorsive atte a provocare o accrescere l'adesione delle menti alle tesi che vengono presentate al loro assenso"[762]. Nelle parole di Norberto Bobbio, "la teoria dell'argomentazione è lo studio metodico delle buone ragioni con cui gli uomini parlano e discutono di scelte che implicano il riferimento a valori quando hanno rinunciato ad imporle con la violenza o a strapparle con la coazione psicologica, cioè alla sopraffazione o all'indottrinamento". L'articolata analisi di Perelman e Olbrechts-Tyteca sposta quindi il *focus* sulla tecnica argomentativa e sulla retorica quali strumenti di persuasione circa la bontà del ragionamento e insiste sulla scelta dei dati e sul loro adattamento in vista dell'argomentazione, sulla presentazione dei dati e la forma del discorso (fase nella quale la retorica svolge un ruolo non secondario), sulle tecniche argomentative (articolate in argomenti quasi-logici, argomenti basati sulla struttura della realtà, dissociazione delle nozioni, azione reciproca tra argomenti).

L'analisi di Viehweg (1965) muove sempre dalla constatazione che il ragionamento giuridico non inferisce da un sistema completo e coerente di assiomi universali, quanto piuttosto da un elenco aperto, non ordinato, incoerente e indeterminato di *topoi* (punti di vista, normalmente defettibili poiché potrebbero non applicarsi in determinate situazioni: "[…] Si consideri, ad esempio, il topos legale che nessuno può trasferire a un'altra persona più diritti di quelli che possiede (*nemo plus juris in aliumtransferrepotestquam ipse habet*). Questa regola non si applica ad alcuni casi eccezionali in cui un acquirente in buona fede

[761] «*Poiché la giustizia è, per me, il primo esempio di una "nozione confusa", di una nozione che, come molti concetti filosofici, non può essere ridotta alla chiarezza senza essere distorta, non si può trattarla senza ricorrere ai metodi di ragionamento analizzati dalla nuova retorica. In realtà, questi metodi sono stati a lungo messi in pratica dai giuristi. Il ragionamento giuridico è un terreno fertile per lo studio dell'argomentazione: esso è per la nuova retorica ciò che la matematica è per la logica formale e per la teoria della dimostrazione. È quindi importante che i filosofi non limitino i loro studi metodologici alla matematica e alle scienze naturali. Non devono trascurare la legge nella ricerca della ragione pratica* […]» (Perelman, 1980)

[762] C. Perelman e L. Olbrechts-Tyteca, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Piccola Biblioteca Einaudi, 2001, p. 6

acquisisce proprietà da un venditore apparente che non è il proprietario effettivo" (Bongiovanni, et al., 2018, p. 351). Di qui il ricorso alla *topica*, come "[…] tecnica di pensare per problemi [che] si differenzia nettamente da una struttura deduttivo-sistematica. Si distingue anche dalla logica, che è *ars iudicandi* mentre la topica è *ars inveniendi*: la topica deve indicare come si trovano le premesse atte a risolvere un determinato problema, la logica accetta queste premesse e le elabora" (Viehweg, 1965).

Come si è visto, la consapevolezza che la logica giuridica è basata su regole strutturalmente diverse dagli enunciati della logica matematica, che possono essere veri o falsi[763], conduce anche ad affermare la defettibilità delle conclusioni del ragionamento giuridico, perché non è sempre possibile trarre la conclusione di una regola anche quando le condizioni della regola stessa siano soddisfatte. Riformulando l'esempio prima citato, se è noto che il furto è prescritto, non è possibile concludere che l'autore del furto sia punibile dal fatto che (a) egli abbia commesso il furto, e (b) dalla regola secondo cui i ladri sono punibili (Hage, 1997)(Hage, 2005). Di qui quella che Hage chiama *Reason-BasedLogic* (RBL), la quale si fonda su quella che potrebbe definirsi una *logica debole*, checonsente l'inferenza di

[763] Si è operata in realtà una indebita semplificazione, omettendo in questa classificazione dicotomica il problema dell'indecidibilità dimostrata dal logico e matematico Kurt Gödel: qualsiasi sistema logico formale che comporta mezzi sufficienti per supportare l'aritmetica elementare è intrinsecamente incompleto, ammette cioè proposizioni che non possono essere né provate né falsificate all'interno del sistema. Implicitamente, ogni sistema di questo tipo eredita necessariamente incompletezza o incoerenza. Inoltre, non è possibile stabilire la coerenza logica interna di una classe molto ampia di sistemi deduttivi. Questi risultati sono enunciati in due rilevanti teoremi:
Primo Teorema di incompletezza (Gödel 1931). In ogni teoria matematica coerente $\boldsymbol{T}$, sufficientemente espressiva da contenere l'aritmetica, esiste una formula φ tale che né φ né la sua negazione $\neg\varphi$ sono dimostrabili in $\boldsymbol{T}$.
Secondo Teorema di incompletezza (Gödel 1931). Sia $\boldsymbol{T}$ una teoria matematica coerente sufficientemente espressiva da contenere l'aritmetica. Allora non è possibile provare la coerenza di $\boldsymbol{T}$ all'interno di $\boldsymbol{T}$.
L'astrazione di tali risultati è solo apparente, come dimostra il cd. Appiglio di Gödel. Come scrive (Guerra-Pujol, 2013), trovandosi a studiare la Costituzione degli Stati Uniti per ottenere la naturalizzazione, «*Il matematico e filosofo Kurt Gödel disse una volta di aver trovato una contraddizione logica nella Costituzione degli Stati Uniti, un difetto fatale che potrebbe trasformare la nostra democrazia costituzionale* (*nella quale il potere politico è diviso tra le diverse ramificazioni del governo*) *in una dittatura legalista o militare* (*nella quale il potere è concentrato in un individuo o in un ramo del governo*).». Il problema di cui scrive Guerra-Pujol si riferisce all'articolo 5 della Costituzione degli U.S.A., che disciplina la procedura necessaria ad emendare la stessa Costituzione. La proposta di emendamento deve: (a) essere adottata dal Congresso o da una Convenzione nazionale; (b) ricevere due terzi dei voti di entrambe le Camere; (c) essere approvata come risoluzione congiunta; (d) essere trasmessa all'Ufficio del Registro Federale che la sottopone agli Stati; (e) essere ratificata dai tre quarti degli Stati per essere integrata nella Costituzione. Poiché la clausola di emendamento della Costituzione può essa stessa essere oggetto di emendamento, se ne trae la conclusione che tutte le limitazioni, esplicite e implicate dal potere emendativo, possono essere superate da un auto-emendamento costituzionale. Ne consegue:

a) un'inevitabile suscettibilità giudiziaria all'incongruenza (essendo impraticabile l'astinenza dalla decisione di giudicare casi formalmente indecidibili);
b) il limite a priori di ogni sistema giuridico di realizzare coerenza formale o di essere esaminato rispetto alla sua coerenza, ancorché fosse formalizzato in un sistema assiomatico logico (condizione imprescindibile per esaminare rigorosamente la sua coerenza logica interna);
c) la necessità di dotare lo stesso linguaggio giuridico di strutture semantiche sufficientemente esatte da mappare o rispecchiare dichiarazioni meta-legali (cioè dichiarazioni sullo stesso sistema legale formalizzato), per dimostrare o confutare la coerenza formale dello stesso sistema.

conclusioni mediante la *ponderazione* delle ragioni pro e contro.

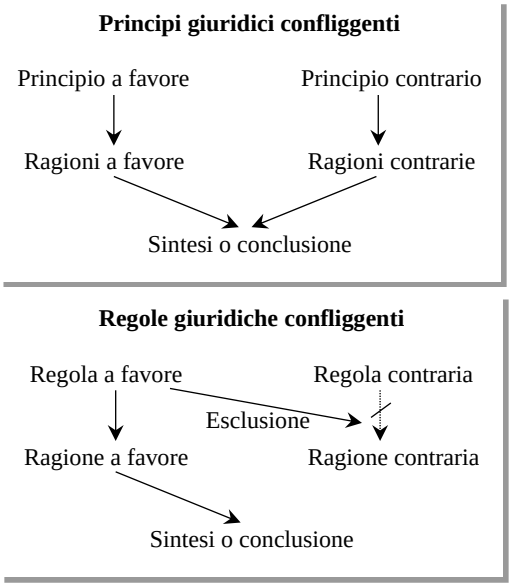


Figura 3. Schematizzazione degli aspetti del ragionamento giuridico legati alla topica (dalle fattispecie – regole o principi giuridici confliggenti – alle premesse), alla logica basata sulle ragioni (RBL), che inferisce attraverso l'attribuzione di un peso alle argomentazioni del ragionamento deduttivo, procedimento implicitamente conseguibile attraverso la retorica.

Anche a un non giurista sfugge quanto tale impostazione risulti potenzialmente confliggente con la funzione nomofilattica della legge, cioè con il principio che stabilisce di garantire l'osservanza della legge, la sua interpretazione *uniforme* e l'unità del diritto in un ordinamento giuridico[764]. È di tutta evidenza che il rispetto di tale principio risulta minacciato dall'idea che la cognizione giurisprudenziale sia conseguibile attraverso una logica basata sugli argomenti, nella quale sia ammissibile che i pesi conferiti alle argomentazioni attraverso la retorica o altre tecniche argomentative modifichino l'esito dell'inferenza e, in ultima analisi, invalidino il principio di *uniformità* interpretativa. Evidentemente, nonostante i tentativi di circoscrivere operativamente il problema[765], si

[764] Confinando il ragionamento all'ordinamento italiano, l'art. 65 del R.D. 30 gennaio 1941 n. 12 (legge sull'ordinamento giudiziario italiano) recita: «La Corte Suprema di Cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge. La corte suprema di cassazione ha sede in Roma ed ha giurisdizione su tutto il territorio del regno, dell'impero e su ogni altro territorio soggetto alla sovranità dello Stato.»

[765] Sempre limitatamente al caso italiano, un tentativo di circoscrivere la crisi della funzione nomofilattica è ravvisabile, p.es., nel D.Lgs. n.40/2006, con il quale si è conferito maggior peso alle pronunce a Sezioni Unite della Corte di Cassazione ed impedito alle sezioni semplici di discostarsi dalle prime, se non attraverso l'invocazione motivata di una nuova pronuncia delle Sezioni Unite nelle questioni più conroverse.

tratta di una questione che dal punto di vista teorico rimane irrisolta.

3. Alcuni esempi.

In questo paragrafo saranno svolte alcune brevi riflessioni sugli ambiti che appaiono più problematici riguardo le applicazioni della matematica nell'ambito del diritto. Si trarranno diversi spunti dall'ottimo contributo di (Arrigoni e Peccati, 2016), che – in relazione ai vari temi trattati – evidenzia un uso disinvolto, quando non addirittura concettualmente fuorviante, di diversi strumenti analitici da parte degli operatori del diritto.

3.1. Probabilità.

Come osservato, storicamente non sono mancati i contributi di illustri matematici circa le applicazioni della teoria della probabilità a problemi di natura giuridica. Delle quattro principali teorie della probabilità, la matematica ha grandemente sviluppato l'impostazione assiomatica di Andrej Nikolaevič Kolmogorov (1903-1987) (Kolmogorov, 1933; Kolmogorov, 1956). Si tratta di una teoria incompleta, nel senso che non esplicita come assegnare le probabilità ma enuncia gli assiomi che consentono di dedurre le regole del calcolo probabilistico:

Teoria	***Ideatori***	***Natura***	***Contesto***
Classica	Laplace	Completa	Giochi di sorte
Frequentista	Von Mises	Completa	Scienze naturali/ attuariali
Soggettivista	DeFinetti - Ramsey	Completa	Economia
Assiomatica	Kolmogorov	Incompleta	Matematica

Tavola 1. Le diverse teorie della probabilità

1) (*Positività*) La probabilità di un evento E è non negativa: $P(E) \geq 0$
2) (*Certezza*) La probabilità dell'evento certo Ω è uno:$P(\Omega) = 1$
3) (*Unione*) Data la collezione numerabile di eventireciprocamente esclusivi$E_1, E_2 \ldots$,$P(\cup_{k=1}^{\infty} E_k) = \Sigma_{k=1}^{\infty} P(E_k)$.

Dai tre assiomi conseguono le regole e l'intera "aritmetica" della probabilità.

Bastano queste precisazioni introduttive a consentire, anche un non addetto ai lavori, di cogliere il rigore matematico sotteso dalla nozione di probabilità. Ben si comprende quindi la perplessità che desta nel matematico l'abuso dellevalutazioni probabilistiche in ambito giuridico. Solo a titolo di esempio, si considerino le seguenti espressioni, che si leggono nelle sentenze e configurano dei veri e propri *nonsense* matematici(Arrigoni & Peccati, 2016):

- «probabilità prevalente» (Cass. Civ., sez. III, 05/05/2009, n. 10285)
- «elevata probabilità» (Cass. Civ., sez. III, 11/06/2009, n. 13530)
- «altamente probabile e verosimile», «serio e ragionevole criterio di probabilità scientifica» (Cass. Civ., sez. III, 30/10/2009, n. 23059)
- «adeguata probabilità» (Cass. Civ., sez. lav., 26/03/2010, n. 7352)
- «probabilità qualificata» (Cass. Civ., sez. lav., 05/08/2010, n. 18270)
- «notevole grado di probabilità» (Cass. Civ., sez. lav., 10/02/2011, n. 3227)
- «rilevante grado di probabilità» (Cass. Civ., sez. lav., 11/10/2012, n. 17349)
- «certezza probabilistica, desumibile dal preponderante criterio dell'evidenza logica» (Cass. Civ., sez. III, 11/02/2014, n. 3010)

Si potrebbe continuare a lungo con l'elencazione, ma un esempio per tutti è costituito dal principio dettato dalla cd. sentenza *Franzese* (Cass. Pen., sezioni unite 10/07/2002 n. 30328), con la quale le sezioni unite della Cassazione hanno fissato un vero e proprio paradigma giurisprudenziale in tema di valutazione del nesso causale, stabilendo che la sua sussistenza in una ipotesi accusatoria (nella fattispecie, il comportamento omissivo di un medico) non possa essere dedotta in via automatica dalla probabilità (favorevole), ma debba piuttosto dedursi dalle «circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile» nel caso

concreto[766]. In altri termini, la valutazione di sussistenza del nesso causale, se può tener conto delle probabilità, deve in ogni caso verificare in concreto se «il compimento l'azione doverosa omessa avrebbe evitato – con un grado di probabilità prossimo alla certezza – il verificarsi dell'evento lesivo ovvero, pur non potendo evitare tale evento, quest'ultimo si sarebbe verificato in epoca significativamente posteriore e con minore intensità lesiva»[767]. Lo standard fissato dalla *sentenza Franzese*, ancorché ampiamente celebrato dalla giurisprudenza, risulta privo di ogni plausibilità sul piano matematico, essendo vuota di significato – alla luce delle teorie probabilistiche prima richiamate – la locuzione «probabilità logica». Infatti, sebbene sia comprensibile che l'aggettivo «logica» nell'intenzione del giurista mira ad ancorare la «probabilità» ad uno schema probatorio in cui il nesso causale sussista al di là di ogni ragionevole dubbio, tale impostazione dal punto di vista matematico configura un ossimoro inaccettabile. Non solo. Ulteriore, insanabile incongruenza dal punto di vista matematico è il fatto che tale principio di «certezza probabilistica» (sic) valga per l'ambito penale, ma non per quello civile, per il quale il nesso causale viene verificato sulla scorta del criterio del «più probabile che non»($P(E) > 50\%$). Questo uso disinvolto e tutt'altro che rigoroso della nozione di probabilità produce risultati a volte davvero bizzarri. Un esempio è quello del pronunciamento della Cassazione Civile, sez. III, 21/07/2011, n. 15991(Arrigoni e Peccati, 2016), laddove si legge «Esemplificando, se, in tema di danni da trasfusione di sangue infetto, le possibili concause appaiono plurime e quantificabili in misura di dieci, ciascuna con un'incidenza probabilistica pari al 3%, mentre la trasfusione attinge al grado di probabilità pari al 40%, non per questo la domanda

[766] Testualmente, la sentenza recita: «*Il sapere scientifico accessibile al giudice è costituito, a sua volta, sia da leggi 'universali' (invero assai rare), che asseriscono nella successione di determinati eventi invariabili regolarità senza eccezioni, sia da leggi 'statistiche' che si limitano ad affermare che il verificarsi di un evento è accompagnato dal verificarsi di un altro evento in una certa percentuale di casi e con una frequenza relativa, con la conseguenza che quest'ultime (ampiamente diffuse nei settori delle scienze naturali, quali la biologia, la medicina e la chimica) sono tanto più dotate di 'alto grado di credibilità razionale' o 'probabilità logica', quanto più trovano applicazione in un numero sufficientemente elevato di casi e ricevono conferma mediante il ricorso a metodi di prova razionali ed empiricamente controllabili.*
Si avverte infine che, per accertare l'esistenza della condizione necessaria secondo il modello della sussunzione sotto leggi scientifiche, il giudice, dopo avere ridescritto il singolo evento nelle modalità tipiche e ripetibili dell'accadimento lesivo, deve necessariamente ricorrere ad una serie di 'assunzioni tacite' e presupporre come presenti determinate 'condizioni iniziali', non conosciute o soltanto congetturate, sulla base delle quali, 'ceterisparibus', mantiene validità l'impiego della legge stessa.»

[767] Scrive Gasparre: «[…] *La sentenza Franzese, come noto, ha affermato il paradigma della "probabilità logica", in linea con l'assunto della necessità di raggiungere la prova della colpevolezza al di là di ogni "ragionevole dubbio". Diventa essenziale valutare la validità della legge statistica nel caso concreto, ragguagliando la spiegazione scientifica con le circostanze del fatto concreto e dell'evidenza disponibile. Secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite i giudici devono prendere in considerazione le leggi scientifiche (anche statistiche) sub conditione che dette leggi siano non solo applicabili al caso concreto, ma pure coniugate con tutte le circostanze disponibili nel caso specifico, di talché l'evento rappresenta la conseguenza della condotta colpevole (e quindi sussiste nesso di causalità) quando vi sia un "alto o elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica*.» (Gasparre, 2014).

risarcitoria sarà per ciò solo rigettata». Qui l'inconsistenza del ragionamento è indotta dalla violazione del secondo assioma delle probabilità ($P(\Omega)$=1). Infatti, dati dieci eventi $E_1, E_2, \dots, E_{10}$, conprobabilità $P(E_k) = 3\%$ $(k = 1, \dots, 10)$ e l'evento E' con $P(E') = 40\%$, il totale è 70%; se rapportato a questo, $P(E') = \frac{40}{70} = 57{,}1\% > 50\%$, per cui varrebbe il criterio del «più probabile che non». Per essere coerente rispetto a tale criterio, l'esempio della Corte avrebbe dovuto prevedere una probabilità residuale rispetto a E' superiore del 50%, cioè$P(\Omega \backslash E') > 50\%$.

Per altri illuminanti esempi di incoerenza logica nell'applicazione della probabilità si rimanda a (Arrigoni e Peccati, 2016).

3.2. Calcolo finanziario.

3.2.1. Anatocismo.

La matematica finanziaria studia come valutare importi monetari relativi ad epoche diverse e quali sono le condizioni che i prezzi delle attività finanziarie devono soddisfare per risultare tra loro coerenti, nel senso di escludere le opportunità di arbitraggio[768]. Si dimostra matematicamente che *l'unico regime finanzia-rio che assicura la coerenza del sistema intertemporale dei prezzi delle attività finanziarie* (*e quindi l'unico regime che esclude opportunità di arbitraggio*) *è quello della capitalizzazione composta*. L'assunto di tale regime finanziario è che gli interessi si compongano, fruttino cioè a loro volta interessi. È questa la differenza che esiste con il cd. regime finanziario della *capitalizzazione semplice* (v. Figura 4).

[768] In termini molto generali e senza velleità di introdurre la nozione in modo formale, il termine *arbitraggio* identifica un'operazione che assicura al soggetto che la pone in atto un profitto certo, sottratto cioè ai rischi di mercato perché conseguibile sfruttando solo il disallineamento dei prezzi delle attività scambiate. Un arbitraggio consiste, per esempio, nell'acquisto (vendita, eventualmente allo scoperto) di un'attività finanziaria (o di un bene fisico) e nella contemporanea vendita (acquisto) o della stessa attività su un mercato diverso, oppure di un'attività diversa che abbia lo stesso *payout* della prima. L'operazione è profittevole se il guadagno che si consegue è maggiore dei costi sostenuti per chiudere l'operazione. Evidentemente, esiste un'opportunità di arbitraggio quando la stessa attività sia scambiata su mercati diversi a prezzi diversi o quando attività perfettamente sostituibili abbiano il medesimo *payout*.

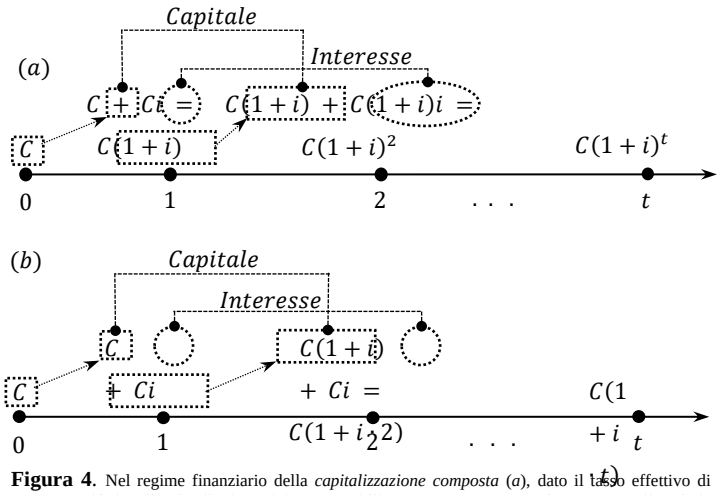
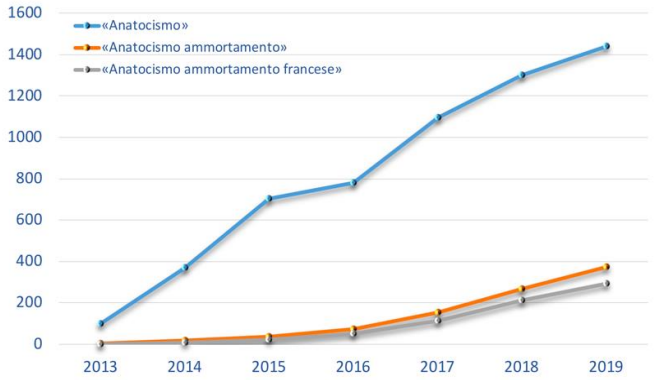


Figura 4. Nel regime finanziario della *capitalizzazione composta* (*a*), dato il tasso effettivo di interesse i riferito all'unità di misura del tempo stabilita (p.es. un anno, o un trimestre ecc.), il capitale iniziale C genera al termine del periodo unitario un interesse pari a Ci, costituendo in totale la somma $C + Ci = C(1+i)$. Tale importo è il nuovo capitale fruttifero di interesse. Pertanto, al termine del periodo unitario seguente l'interesse generato è $C(1+i)i$ che, sommato al capitale $C(1+i)$ risulta essere $C(1+i) + C(1+i)i = (1+i)(C+Ci) = (1+i)C(1+i) = C(1+i)^2$, che prende il nome di *montante* al termine del secondo periodo unitario. Iterando il ragionamento, dopo t periodi unitari si otterrà un montante pari a $C(1+i)^t$.
Nel regime finanziario della *capitalizzazione semplice* (*b*), al termine di ogni periodo unitario l'interesse è calcolato sempre sul capitale iniziale C e quindi gli interessi non sono fruttiferi di altri interessi. Pertanto, il montante prodotto dopo t periodi unitari e composta) risulta pari a $C(1+it)$.

Ciò premesso, come ben noto, l'articolo 1283 del Codice Civile prescrive il divieto di *anatocismo*, cioè la produzione di interessi da interessi scaduti e non corrisposti, su un determinato capitale[769]. Questo divieto e la non sempre sufficiente comprensione degli aspetti matematico-finanziari che intervengono nella costruzione dei piani di rimborso in contratti come il *leasing* o i mutui stanno generando un significativo incremento nei contenziosi giudiziari, con sentenze non univoche circa la natura anatocistica o meno degli interessi corrisposti (v. Figura 5).

Figura 5. Numero di sentenze contenenti le parole «anatocismo», «anatocismo ammortamento» e «anatocismo ammortamento francese». Per il 2019, il valore è estrapolato dal dato disponibile fino al mese diNovembre. Fonte: *sentenze.it*

[769] Articolo 1283 del Codice Civile: «*In mancanza di usi contrari, gli interessi scaduti possono produrre interessi solo dal giorno della domanda giudiziale o per effetto di convenzione posteriore alla loro scadenza, e sempre che si tratti di interessi dovuti almeno per sei mesi*».



Un esempio molto dibattuto è costituito dal variegato orientamento delle sentenze circa la natura anatocistica degli interessi del piano di ammortamento progressivo, anche detto «*alla francese*». Tale schema tipico di ammortamento prevede che il finanziamento (p.es. un mutuo) sia rimborsato attraverso il pagamento di un certo numero di rate periodich ecostanti, pari alla somma di una quota di capitale e una quota interessi, determinata in base al solo capitale residuo. Affinché la rata risulti costante, le due quote (quella capitale e quella interessi) devono avere una natura progressiva, crescente la prima e decrescente la seconda[770]. Secondo un'interpretazione (minoritaria) della giurisprudenza, dal fatto che il regime finanziario utilizzato in questo schema di rimborso sia quello composto e non già quello semplice conseguirebbero: (a)un costo effettivo del prestito maggiore del tasso contrattualmente pattuito (e comunque incerto alla stipula del contratto); (b) la violazione del divieto di anatocismo[771]. Pur se la giurisprudenza prevalente non sembra sposare tale tesi[772] (sostenendo – giustamente, ad avviso dello scrivente – che l'interesse applicato è semplice in quanto la quota interessi di ogni rata è calcolata solo sulla quota di capitale residuo), il fatto che esistano posizioni così contrapposte – aventi peraltro conseguenze non irrilevanti sul piano giudiziario – denota una insufficiente comprensione delle assunzioni

[770] Tecnicamente, nel metodo progressivo le n rate costanti R del piano di ammortamento di un dato capitale sono ottenute dalla somma di una quota capitale C_k e una quota interessi $I_k (k = 1, \dots, n)$. È agevole dimostrare che $\frac{C_k}{C_{k-1}} = 1 + i$, cioè che il rapporto tra due quote capitale consecutive è costante e cresce con $1 + i$, di qui la progressività del metodo di ammortamento.

[771] A favore del contenuto anatocistico degli interessi si vedano, p.es., le sentenze della sezione di Rutigliano del Tribunale di Bari, 29.10.2008; del Tribunale di Larino, Sezione Distaccata di Termoli n.119/2012; del Tribunale di Ferrara, 5.12.2013; del Tribunale di Isernia, 28.07.2014.

[772] A sostegno della tesi secondo la quale l'utilizzo di una formula di capitalizzazione composta non abbia conseguenze anatocistiche sulla quota di interessi, perché questi maturano solo sul capitale residuo e non vengono capitalizzati, si vedano, p.es., le sentenze del Tribunale di Torino, 17.09.2014; del Tribunale di Treviso, 12.01.2015; del Tribunale di Padova, del 12.01.2016 e del 13.01.2016.

matematico-finanziarie e del ruolo che le stesse giocano nella definizione delle modalità di rimborso di tali prestiti. Si tratta in ultima istanza di una difficoltà dialogica tra le due discipline, causata in questo caso dalla pregiudiziale ritrosìa del giurista a penetrare le basi analitiche delle formule matematiche utilizzate[773].

3.2.2. Tassi di usura.

Come è noto, l'art. 644, comma 3 c.p. stabilisce: «*la legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari*». L'individuazione di tale limite avviene attraverso il meccanismo delineato dall'art. 2 della Legge 7.3.1996, n. 108, cui l'articolo rinvia. La definizione legale dall'articolo 8, comma 5, lettera d), del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito poi nellaLegge n.106, del 12 luglio 2011.

Sostanzialmente, la norma citata prescrive che per verificare che il tasso applicato non sia un tasso di usura occorre confrontare i valori del TEG (Tasso Effettivo Globale)con il TEGM (Tasso Effettivo Globale Medio) moltiplicato per 1,25 e sommato a 4 punti percentuali.

Il seguente esempio chiarisce la metodologia di calcolo.

Per il periodo 1°/10-31/12/2019 il TEGM è pari a

2,67% per i mutui a tasso fisso

9,98% per i crediti personali (non finalizzati)

Pertanto, le soglie del tasso d'usura sono

$2{,}67\% \cdot 1{,}25 + 4\% = 7{,}3375\%$ (per i mutui a tasso fisso)

$9{,}98\% \cdot 1{,}25 + 4\% = 16{,}4750\%$ (per i crediti personali)

Benché corretta rispetto a quanto disposto dalla L.108, la norma continua a prevede un meccanismo di calcolo in parte proporzionale al TEGM. Per questa ragione, osservano (Arrigoni e Peccati, 2016), "[…] la regola adottata dal legislatore soffre di due difetti strutturali: ha severità invertita rispetto a quanto il buonsenso e (se servisse) la teoria della Finanza suggerirebbero; non è neutrale rispetto a spostamenti dei tassi d'interesse nei mercati finanziari, conducendo, proprio per ciò, ad alcuni fenomeni inquietanti".

[773] Dal lato matematico-finanziario, sul tema dell'anatocismo nell'ammortamento francese, si vedano i contributi di (Annibali, Barracchini, & Annibali, 2016), (Cacciafesta, 2015), (Fersini & Olivieri, 2015), (Marcelli, Pastore, & Valente , 2019), (Mari & Aretusi, 2018) e l'esaustiva trattazione di (Pressacco & Ziani, 2019).

La Figura 6 illustra il meccanismo di severità invertita: al crescere del TEGM cresce anche la differenza tra tasso d'usura e lo stesso tasso effettivo globale medio, ciò che contraddice il buonsenso. Infatti, atteso che i tassi bassi, diversamente da quelli alti, difficilmente configurano situazioni d'usura, sarebbe ragionevole aspettarsi una severità nelle soglie di legge più contenute per i secondi rispetto ai primi. Quel che accade però è esattamente il contrario.

Per apprezzare come la regola di calcolo, nonostante l'introduzione della soglia fissa del 4% non sia neutrale rispetto alle variazioni dei tassi di interesse si consideri a titolo di esempio un TEGM pari al 6%. Ne consegue un tasso soglia d'usura pari all'11,50%. Viene erogato un prestito indicizzato al tasso dell'11,30% (inferiore al valore soglia). Si supponga ora che i tassi scendano di un punto percentuale.Il nuovo TEGM è quindi pari al5% e il nuovo tasso soglia d'usura diventa il 10,25%. Poiché il tasso del prestito segue l'indicizzazione, esso scende di un punto percentuale, attestandosi al10,30%. Ma questo tasso è divenuto d'usura!

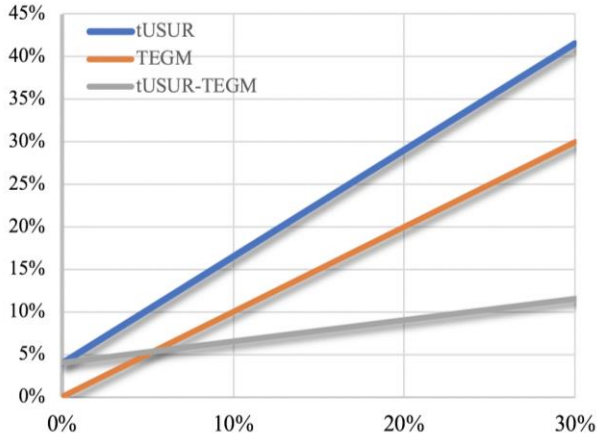


Figura 6. Il grafico mostra come la differenza tra tasso di usura e TEGM aumenti all'aumentare del tasso stesso.

3.2.3. Valutazione dei titoli derivati.

Un ultimo aspetto che non può essere trascurato in una pur sommaria disamina dei rapporti tra matematica e cognizione giurisdizionale, riguarda la cd. *finanziarizzazione della società* e il conseguente peso che i titoli finanziari derivati hanno acquisito negli ultimi decenni anche nella disciplina contrattualistica. Come noto, un *titolo derivato* è un prodotto finanziario il cui prezzo è legato (deriva da) all'andamento del valore di un *sottostante*, cioè

di un'altra attività. Quest'ultima può avere natura qualsiasi; si può trattare di un'attività finanziaria, di una *commodity* (o di portafogli che includano le une o le altre o entrambe), o anche di un evento o una combinazione di eventi oggettivamente rilevabili che possono verificarsi nel futuro[774]. La relazione tra prezzo del derivato e valore del sottostante costituisce uno dei principali problemi, estremamente complessi sul piano analitico[775], di cui si occupa la finanza matematica. Altrettanto complessa, di riflesso, è la disciplina giuridica dei contratti che riguardano l'uso di tali strumenti finanziari, sia per la quantità di dettagli tecnici che vanno normati, sia per la non sempre chiara natura giuridica dell'oggetto di tali contratti. È chiaramente difficile, se non impossibile, penetrare tale complessità senza una preliminare conoscenza tecnica degli strumenti derivati, ciò che va ben oltre gli scopi di questo intervento. Senza entrare quindi in questioni analitiche la cui trattazione richiederebbe ben altro spazio e profondità, in questa sede si intende solo sottolineare il fatto che spesso dal punto di vista giurisprudenziale la difficoltà principale risiede nella comprensione della natura e delle finalità con le quali gli strumenti derivati sono impiegati nei contratti. Questa mancanza di chiarezza può indurre conclusioni diverse nei giudizi e nelle sentenze in rapporto a varie fattispecie, tra le quali si citano, solo a titolo di esempio:

- l'eccessivo sbilanciamento dell'alea: «Il contratto di swap è nullo qualora l'alea non gravi su entrambi i contraenti» (C. App. Torino, 27/07/ 2016, n. 1725; Trib. Roma, 08/01/2016, n. 212; C. App. Milano, 25/05/2015)
- la mancata indicazione della facoltà di recesso (Pro: Giudice di merito di Roma, 13/04/2016, C. App. Trento, 05/03/2009. Contro: Trib. Torino, 20/01/ 2016)
- Difetto di causa concreta: «L'aleatorietà si atteggia, tuttavia, in maniera differente a seconda della funzione in concreto perseguita dalle parti» (Pro: Trib. Genova, 30/11/ 2015; Trib. Taranto, 10/03/2015; Trib. Cosenza, 18/07/2014; Trib. Monza, 17/0772012; Trib. Ravenna, 08/07/2013. Contro: Trib. Milano, 23/06/2014; Trib. Torino, 24/04/2014; Trib. Verona, 25/03/2013; Trib. Roma, IX Sez., 25/10/2013; C. App. Milano, I sez., 3 marzo 2016; Trib. Torino, 20/01/2016)

[774] Nella definizione della Banca d'Italia («Istruzioni di vigilanza per le banche») i derivati sono «*I contratti che insistono su elementi di altri schemi negoziali, quali titoli, valute, tassi di interesse, tassi di cambio, indici di borsa ecc. Il loro valore «deriva» da quello degli elementi sottostanti. Costituiscono prodotti derivati, ad esempio, i futures, le options, gli swaps, i forward rate agreements*».

[775] La comprensione dell'argomento richiede conoscenze non banali di matematica, di finanza, di teoria del valore, di probabilità e teoria dei processi stocastici, nonché di teoria e tecnica dei mercati finanziari.

- Omessa indicazione del MtM (Mark to Market): «La mancata conoscenza e conoscibilità […] di elementi del contratto che vanno a influire sulla portata e sull'eventuale squilibrio dell'alea» incide negativamente «sotto il profilo della violazione degli obblighi informativi gravanti su una delle parti e operanti in forza dell'art. 21 TUF» (Pro: Trib. Milano, 07/07/2016; Trib. Milano, 16/06/2015; C.App. Milano, 11/03/2014; C. App. Milano, 18/09/2013. Contro: Trib. Taranto, 10/03/2015; Trib. Milano, 22/12/2015; Trib. Genova, 30/11/2015)

La lettura delle motivazioni di molte sentenze riveste inoltre un certo interesse anche per il matematico, perché dà la misura di come alcune caratteristiche tecniche siano o meno recepite dal giudice. Qualche esempio:

- Sentenza della Corte d'Appello Milano, 18.09.2013, N.3459

«La circostanza che […] l'investitore non conosca il c.d. *mark to market* e che questo elemento non rientri nel contenuto dell'accordo, comporta la radicale nullità dei contratti di *interest rate swap*, perché esclude che l'investitore abbia potuto concludere la "scommessa" conoscendo il grado di rischio assunto, laddove, per contro, l'intermediario aveva perfetta conoscenza del proprio rischio avendolo misurato scientificamente e su di esso predisposto lo strumento finanziario. La mancata indicazione del *mark to market* consente, inoltre, all'intermediario […] di occultare il suo compenso, rappresentato dai c.d. costi impliciti, all'interno delle condizioni economiche dell'atto gestorio. Il che determina la nullità del contratto derivato anche in ragione del difetto di accordo su un requisito essenziale del compenso ai sensi dell'articolo 1709 c.c […]. Il compenso deve, quindi, essere determinato nel contratto o determinabile in virtù di un criterio (modello matematico di *pricing*) condiviso ex ante dall'intermediario e dal cliente. […] Nei contratti di *interest* rate swap, la mancata esplicitazione del modello matematico di *pricing* e del market to market rende arbitraria la stessa liquidazione degli importi richiesti a titolo di corrispettivo del recesso, proprio perché siffatta liquidazione appare il frutto di una quantificazione unilaterale da parte dell'intermediario, del tutto slegata da criteri predeterminati nei contratti. Allo stesso modo, l'assenza del *mark to market* e degli scenari probabilistici rende del tutto priva di giustificazione causale la clausola che contempla l'eventuale erogazione del c.d. up front in quanto anche la misura in cui il finanziamento contribuisce ad integrare

il riequilibrio del valore iniziale del derivato incide sulla causa dello stesso».

- Tribunale di Taranto, ordinanza 10.03.2015

«La dimostrazione della nullità dei contratti di IRS per l'originario squilibrio delle prestazioni (difetto della causa concreta), non può derivare semplicemente dalla mancata specificazione al momento della conclusione del contratto del c.d. *mark to market* oppure delle penalità in caso di recesso, sia perché l'indicazione del *mark to market* non è imposta espressamente dalla disciplina di legge quale elemento costitutivo dell'accordo di IRS, sia perché esso non esprime un valore concreto ed attuale, ma esclusivamente una proiezione finanziaria basata sul valore teorico di mercato del contratto in caso di risoluzione anticipata dello stesso, presentandosi pertanto quale elemento esterno alla struttura del contratto, ed integrando sostanzialmente una valutazione previsionale sull'andamento dei tassi sottostanti l'operazione durante la vita del derivato».

- Sentenza del Tribunale di Milano, 22.12.2015, n. 14622

«[…] il mark to market rappresenta il valore del derivato in un dato momento, secondo una proiezione fondata sulle aspettative del mercato ed è quindi un elemento variabile e non essenziale del contratto, che può rilevare sul piano dell'informativa che l'intermediario deve dare al cliente, ma che non appartiene alla causa del contratto».

- Tribunale di Genova, ordinanza 30.12.2015

«Il differenziale dei contrapposti flussi finanziari, determinato attraverso il Mark to Market non è l'oggetto del contratto ma l'espressione del suo valore in un determinato momento; il fatto poi che tale valore, proprio perché mutevole nel tempo, debba essere esplicitato nella nota integrativa in base alla previsione di cui all'art. 2427 bis c.c. non vale a costituirlo come oggetto del contratto».

Come si vede, anche confinando il discorso solo ad un livello molto generale, la complessità analitica dei derivati finanziari produce, sul piano giurisprudenziale, interpretazioni non univoche circa la natura di alcuni degli elementi essenziali del contratto e, quindi, delle conseguenze in termini di nullità o meno dello stesso.

Senza entrare ulteriormente nella questione, queste brevi osservazioni suggeriscono che –

soprattutto per effetto della crescente finanziarizzazione della società e della conseguente proliferazione di strumenti finanziari matematicamente molto sofisticati – l'iniziale ruolo strumentale della matematica nella formazione dei processi conoscitivi e decisionali giuridici stia subendo una sorta di inversione, che vede la giurisprudenza «inseguire» faticosamente la matematica, nel tentativo di disciplinare in modo soddisfacente i, per così dire, *nuovi oggetti giuridici* che i modelli matematici stanno creando. I tentativi finora compiuti in questa direzione sono allo stato oggettivamente limitati da fattori strutturali, legati per lo più al fatto che norme nazionali si confrontano con poteri e strumenti finanziari transnazionali, e da inopportune sovrapposizioni di ruolo, consistenti nella deriva – facilitata proprio dalla crescente complessità finanziaria – che vede negli ultimi anni il *produttore* di strumenti finanziari (banche, grandi istituzioni) sostituirsi di fatto al legislatore attraverso l'incessante opera di condizionamento che viene esercitato sulle sedi legislative al fine di concorrere a definire quadri normativi favorevoli.

4. Considerazioni conclusive.

Il rapporto tra matematica e cognizione giurisprudenziale non si esaurisce evidentemente nelle riflessioni, necessariamente brevi, svolte nei paragrafi precedenti. Per esempio, non si è neanche menzionato l'ambito che riguarda la disciplina dei sistemi pensionistici, la quale insiste su una imprescindibile componente tecnico-attuariale. Si è infatti tentato di mettere in luce solo qualcuno degli aspetti fondamentali che, da sempre, caratterizzano il non facile, ma necessario, dialogo tra le due discipline. Complice la crescente complessità della società e la conseguente necessità di gestire molti problemi attraverso l'utilizzo di strumenti matematici sempre più sofisticati, è prevedibile che tale dialogo debba necessariamente intensificarsi nel futuro, la qual cosa potrà offrire sempre maggiori occasioni di convergenza scientifica, didattica e professionale. Come osservano (Arrigoni e Peccati, 2016) l'ostacolo principale a questa sinergia è di natura culturale: da un lato, è diffusa tra i giuristi una diffidenza, se non addirittura una repulsione preconcetta, nei confronti della matematica, spesso assimilata a non sempre felici stereotipi scolastici; dall'altro, è frequente tra i matematici la carenza di curiosità intellettuale verso le questioni concrete, fonti peculiari invece dell'esperienza giuridica. Determinante per l'intensificarsi

di un rapporto benefico per la società nel suo complesso sarà la capacità che entrambe le parti mostreranno nel rimuovere tali ostacoli culturali.

5. Riferimenti bibliografici.

A. Annibali e C. Barracchini, (2016), *Anatocismo e ammortamento di mutui alla francese in capitalizzazione semplice,* Createspace Independent Pub.

M.R. Antognazza, (2009), *Leibniz, an intellectual biography,* Cambridge, Cambridge Univeristy Press.

B. Arrigoni e I. Peccati, (2016), *Diritto e Matematica? Annali del dipartimento di metodi e modelli per l'economia il territorio e la finanza*.

G. Bongiovanni, G. Postema, A. Rotolo, G. Sartor, C. Valentini e D. Walton, (2018). *Handbook of Legal Reasoning and Argumentatio,*. Dordrecht, The Netherlands: Springer.

F. Cacciafesta, (2015), *A proposito dell'articolo 'Sull'anatocismo nell'ammortamento francese'*, in *Banche & Banchieri*(4), 528-533.

A. Carleo, (2017), *Calcolabilità giuridica,* Bologna, Il Mulino.

G. Cosi, (2013), *Legge, diritto, giustizia. Un percorso nell'esperienza giuridica,* Torino, Giappichelli.

D. Courgeau, (2012), *Probability and social science. Methodological relationship between the two approaches,* Dordrecht, Springer.

L. Daston, (1981), *Mathematics and the Moral Sciences: The Rise and Fall of the Probability of Judgments, 1785-1840. In Epistemological and Social Problems of the Sciences in the Early Nineteenth Century,* Heidelberg, H.N. Jahnke and M. Otte.

P. Fersini e G. Olivieri (2015), I. *Banche & Banchieri*, 134-171.

N. Foster e S. Satish, (2010), *German Legal System and Laws (fourth edition),* New York, Oxford University Press.

A. Gasparre, (2014, marzo 4), *Nesso di causalità post sentenza Franzese nei casi di esposizione all'amianto*, in *Diritto, procedura, esecuzione penale - Generalità, varie*.

F.E. Guerra-Pujol, (2013), Gödel's Loophole. *Capital University Law Review, 41*, 737.

J.C. Hage, (1997), *Reasoning with Rules. An Essay on Legal Reasoning and Its Underlying Logic,* Dordrechtm Springer.

J.C. Hage, (2005), *Studies in Legal Logicm* Dordrecht, Springer.

A.N. Kolmogorov, (1933), *Grundbegriffe der Wahrscheinlichkeitsrechnung,* Berlin, Verlag Von Julius Springer.

A.N. Kolmogorov, (1956), *Foundations of the Theory of Probability, II English Edition.* New York, Chelsea Publishing Company.

M.D. Laplace, (1814) *Essai philosophique sur les probabilités,* Paris, Courcier.

G.W. Leibniz, (2012), *Il nuovo metodo di apprendere ed insegnare la giurisprudenza.* (C. M. Iuliis, A cura di) Milano, Giuffré.

L. Loevinger, (1949), Jurimetrics--The Next Step Forward. *Minnesota Law Review, 33*, 455-493.

R. Marcelli, A. Pastore e A. Valente, (2019), *L'ammortamento alla francese. Matematica e diritto: quando la scienza vien piegata a negar se stessa*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario, XXXIII*(2), 249-274.

C. Mari e G. Aretusi, (2018), *Sull'esistenza e unicità dell'ammortamento dei prestiti in regime lineare*, in *Il risparmio, 1*(7), 25-45.

L.S. Maruotti, (2010), *La tradizione romanistica nel diritto europeo II dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne* Torino G. Giappichelli.

C. Perelman, (1980), *Justice, Law, and Argument. Essays on Moral and Legal Reasoning.* Dordrecht: D. Reidel Publishing Company.

C. Perelman e L. Olbrechts-Tyteca, (2001), *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica.* Torino: Piccola Biblioteca Einaudi.

F. Pressacco e L. Ziani, (2019), *Sull'anatocismo nell'ammortamento progressivo: un'impostazione non convenzionale.* Tratto da hal-02159365: https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02159365/

G. Sartor, (1990), *Le Applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale,* Milano, Giuffré.

G. Sartor, (1996), *Intelligenza artificiale e diritto,* Milano, Giuffré.

M.F. Sciacca e M. Schiavone, (1968), *Grande Antologia Filosofica* (Vol. XIII), Milano, Marzorati.

T. Viehweg, (1965), *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaflichen Grundlagen- forschung,* Munich, Beck.

L. Viola, (2018), *Interpretazione della legge con modelli matematici*, IBS.

Abstract: Nel lavoro si esplorano i legami tematici che accomunano la teoria giurisprudenziale e la matematica. Dopo una breve rassegna dei lavori che eminenti matematici hanno svolto su temi di interesse giuridico sin in epoca illuministica, vengono esaminate alcune questioni legate alla caratterizzazione dei processi logici nelle due discipline. La terza parte del lavoro insiste su alcuni argomenti di natura maggiormente applicativa, quali il concetto di probabilità nei due ambiti ed il calcolo finanziario collegato a temi di interesse giuridico come i tassi di usura e la valutazione dei titoli derivati.

Abstract: The work explores the thematic links between jurisprudential theory and mathematics. After a brief review of the work that eminent mathematicians have carried out on topics of legal interest since the Enlightenment, some questions related to the characterization of logical processes in the two disciplines are examined. The third part of the work insists on some topics of applicative nature, such as the concept of probability in the two areas and the financial calculation linked to issues of legal interest, such as the usury rates and the valuation of derivative securities.

Parole chiave: Logica matematica – Logica giuridica – Probabilità – Calcolo finanziario – Anatocismo – Tassi d'usura – Titoli derivati.

Key words: Mathematical logic – Legal logic – Probability – Financial calculation – Anatocism – Usury rates – Derivative securities.

STATISTICA E CONOSCENZA GIURISDIZIONALE: ALCUNI ELEMENTI PER UN DISCORSO*.

di Giovanni Camillo Porzio**

Sommario. 1. In premessa. – 2. Trappole conoscitive. – 3. Il livello di incertezza e la variabilità naturale. – 4. Il confronto tra proposizioni e il rapporto di verosimiglianza. – 4.1. Una scala di equivalenza verbale per il rapporto di verosimiglianza. – 5. In conclusione.

1. In premessa.

Nel corso dei miei studi statunitensi, ormai diversi anni fa, ebbi l'occasione di incontrare una studentessa americana, dottoranda di un corso di dottorato in statistica a anni alterni. Nell'anno in cui non frequentava i corsi di statistica studiava per un titolo accademico in scienze giuridiche. Mi spiegò che era noto che *il mercato* cercava figure professionali con questa doppia competenza. Stiamo parlando degli ultimi anni del secolo scorso. Ne rimasi particolarmente colpito. Mi sembrò il segno di una distanza tra due mondi, quello statunitense e quello italiano, che al tempo non avevo idea di quanto, quando e se si sarebbe colmata. E mai avrei pensato di ritrovarmi qui, anni dopo, a affrontare il tema del rapporto tra statistica e conoscenza giurisdizionale in un Dipartimento di Economia e Giurisprudenza. Tema che, per la mia storia personale e professionale, affronterò dal punto di vista della statistica.

Che statistica e diritto si parlino, d'altra parte, sembra essere opportuno e all'ordine del giorno non solo per paesi come l'Italia, ma anche e ancora per paesi con una storia del diritto molto diversa come la Gran Bretagna: è del 2017 la pubblicazione di linee guida per avvocati sull'uso della statistica e della probabilità nei tribunali a cura della britannica *The Inns of Court College of Advocacy* in collaborazione con la Royal Statistical Society, la prestigiosa società degli statistici della Corona Britannica[776].

---

* *Sottoposto a referaggio*.

** Professore ordinario di Statistica – Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

[776] *Statistics and Probability for Advocates: Understanding the Use of Statistical Evidence in Courts and Tribunals*; https://www.icca.ac.uk/statistics-and-probability-for-advocates/

Per questo motivo, questo intervento si concentra su alcuni elementi che ritengo possano facilitare un discorso tra queste discipline. L'auspicio è quello di poter offrire degli spunti di riflessione a chi, senza particolari competenze di statistica in partenza, desiderasse comprendere meglio come oggi statistica e conoscenza giurisdizionale possano interagire tra di loro.

Detto questo, vorrei sottolineare in premessa quanto il pensare arguto e - perché no - creativo, nonché la capacità di leggere le differenze sottili e il non fermarsi all'apparenza, siano a mio giudizio elementi fondanti dei processi di conoscenza che caratterizzano le scienze statistiche. Ben al di là forse dell'immagine che questa scienza offre di sé, spesso percepita troppo vicina all'oggettività e al rigore logico che i numeri per definizione sembrano possedere nell'immaginario collettivo. Mi permetto di credere che queste caratteristiche dei processi di apprendimento che si sviluppano all'interno di un'analisi statistica non siano troppo dissimili da quelle che si sviluppano tra le scienze giuridiche e nella conoscenza giurisdizionale in particolare.

2. Trappole conoscitive.

Non è dunque un caso che troviamo insidie e trappole conoscitive sia nel campo della conoscenza basata sui dati sia nell'ambito dell'ermeneutica giuridica. Da questa prospettiva, sia il ragionamento giuridico che quello statistico, potremmo dire come ogni tentativo umano di conoscere, affrontano gli stessi problemi.

In proposito, vorrei citare due situazioni nelle quali si vede come una lettura superficiale di semplici dati possa portare a una loro cattiva interpretazione e dunque a un loro cattivo utilizzo.

Il primo esempio riguarda la lettura che si può fare dei dati relativi alle recidive. Ho avuto modo di leggere l'opinione di chi sostiene che, poiché le recidive sono più basse tra coloro che sperimentano misure alternative al carcere, se ne conclude che tali misure siano più efficaci in termini di riduzione della probabilità di recidiva.

A pensarci bene, si tratta della semplice lettura di una "frequenza", cioè di quanto spesso un fenomeno accade in un ambito rispetto a un altro. A uno statistico, ma probabilmente a chiunque desideri andare oltre la superficie delle cose, appare evidente che questo elemento

(la frequenza di recidive) non può sostenere l'una tesi o l'altra. Il motivo è semplice: nella valutazione che porta un giudice a optare per una misura alternativa al carcere è già presente una valutazione sul soggetto che ne dovrebbe usufruire. Concederà cioè con più facilità queste misure a coloro che riterrà più propensi a un comportamento futuro meno o per nulla di tipo *criminale*.

Tecnicamente, noi statistici diremmo che si tratta di un caso di campionamento non casuale (vale a dire, i dati provengono da un insieme di persone che già in fase di *selezione* avevano una minor probabilità di recidiva). I risultati di un'analisi basata su tali dati sono da considerarsi *distorti*[777] in quanto siamo in presenza di un problema di selezione del campione e in particolare di un campione che non è rappresentativo della popolazione di riferimento.

Bene aggiungere che questo errore nell'analisi del dato non porta acqua a nessun mulino: semplicemente non è questo un dato da valutare se si desidera fare una riflessione sull'utilità o meno di questi dispositivi di legge.

Come secondo esempio, sempre con riferimento a un concetto semplice quale è l'idea di frequenza, ovvero al numero di casi che avvengono sul totale, farò riferimento a un caso complesso che ha avuto una certa eco sulla stampa qualche anno fa: quello di un'infermiera dell'ospedale di Lugo in Romagna che avrebbe assassinato nel sonno alcuni dei pazienti dell'ospedale in cui lavorava.

Apprendo dai giornali[778], che l'accusa abbia voluto rafforzare la propria posizione portando come elemento di giudizio il fatto che durante i turni di lavoro della suddetta infermiera il numero di morti in reparto fosse di gran lunga superiore alla media. Si tratta, per l'appunto di un dato di frequenza (decessi nelle 24h).

Alla difesa è stato possibile smontare questo elemento di giudizio: si dava il caso che l'infermiera avesse spesso il turno di notte, e è noto che la frequenza dei decessi notturni supera quella dei decessi durante il giorno. In breve, nella lettura di una quantità, di un numero, si era dato eccessivo valore al numero in sé piuttosto che al contesto in cui quel

[777] In statistica, il termine "distorto" ha un significato ben preciso. Per il livello di questo discorso, basti dire che la rappresentazione della realtà che si ottiene tramite un campione ottenuto in maniera non casuale non corrisponde generalmente alla realtà come dovrebbe emergere utilizzando una metodologia di campionamento "corretta".

[778] Corriere di Romagna, 19 dicembre 2015, così come riprodotto nella Rassegna Stampa dell'Unione dei Comuni della Bassa Romagna; http://www.labassaromagna.it/content/download/57165/900716/file/UnionedeiComuniBassaRomagna19042015.pdf

numero era maturato. Tecnicamente, noi statistici diremmo che non si era tenuto conto delle variabili di disturbo (quelle che, appunto, *disturbano* una corretta lettura del dato), ovvero di quelli che vengono anche chiamati *fattori confondenti*.

In breve, (a) la statistica, la *scienza del dato* per antonomasia, non ha tecnicamente la possibilità di dire tutto ciò che ci piacerebbe potesse dire (nel primo esempio sopra discusso, non c'è modo di sapere in base a questi dati se le misure alternative al carcere hanno o meno un impatto sulla possibilità di recidiva); (b) la lettura di dati anche semplici deve essere accorta (nel secondo esempio, il non prendere in considerazione altri elementi rispetto a quelli che saltano subito agli occhi porta a una visione distorta della realtà dei fatti).

3. Il livello di incertezza e la variabilità naturale.

Ciò affermato, e cioè che è necessaria esperienza e competenza anche per avvicinarsi correttamente a informazioni numeriche apparentemente di facile lettura, facciamo un passo avanti nel discorso e valutiamo, nell'ipotesi che il dato statistico sia stato letto correttamente, quale altro tipo di conoscenza è in grado di aggiungere la scienza statistica.

Come ricordato da Adrian Bowman nella sua relazione di apertura in un recente convegno che si è tenuto a Cassino[779], lo specifico della statistica è la capacità di valutare il livello di incertezza presente nei dati. Un'affermazione importante che proverò a spiegare con qualche ulteriore esempio e che ci permette di fare un altro passo avanti nella comprensione del contributo che le scienze statistiche possono dare alla conoscenza giurisdizionale.

Il primo esempio è banale. Posso affermare, senza paura di essere smentito, che l'età media dei componenti la mia famiglia a oggi è di 30,2 anni (cioè di circa 30 anni e due mesi e mezzo). Ora, è evidente a chi mi ascolta che io non ho 30 anni, ma non credo che ciò meravigli. Infatti, non è qualcosa di particolarmente strano: non è strano che - laddove c'è una media - ci sono anche valori superiori e valori inferiori rispetto alla media stessa.

Traslando il discorso in termini di conoscenza giurisdizionale, ne consegue che non è

[779] Adrian Bowman, Professore di Statistica presso l'Università di Glasgow, ha tenuto una "Keynote Lecture" al Convegno internazionale "Classification and Data Analysis" tenutosi presso l'Università di Cassino e del Lazio Meridionale nel settembre 2019; http://cladag2019.unicas.it/keynote-speakers/

sufficiente affermare che un certo fenomeno è superiore (o inferiore) alla media, né è sufficiente affermare quante volte lo sia (due volte, tre volte, cento volte) per individuare potenziali anomalie e a loro volta possibili segnali di comportamenti o situazioni al di fuori della legge.

Piuttosto, è necessario valutare quante volte lo sia rispetto ai casi simili disponibili. Tornando al caso dell'infermiera, e nell'ipotesi che la frequenza relativa dei decessi fosse superiore alla media dei decessi notturni in quel dato periodo dell'anno (è noto l'effetto stagionale sui decessi), il dato osservato, quello portato in giudizio dall'accusa, andrebbe confrontato con quanto in media le frequenze dei decessi differiscono dalla loro media. Sembra un gioco di parole ma non lo è.

Solo per illustrare meglio l'idea, supponiamo che la media dei decessi di notte sia del 2% dei ricoverati. Supponiamo che, nelle notti in cui era in servizio l'infermiera, si fosse osservata una frequenza del 5%. È sufficiente questo dato per ritenere questo evento come altamente improbabile e quindi come elemento di giudizio a sfavore dell'infermiera? La risposta è semplicemente *no*. Tale dato va infatti confrontato con le frequenze dello stesso fenomeno in ambiti simili. La media può essere 2% laddove le frequenze osservate in casi analoghi siano state, ad esempio, 0%, 0%, 0%, 1%, %, 1%, 2%, 3%, 3%, 4%, 5%, 5%, 5%, 4%, 4%, 0%, 0%, 1%, 1%, 1%, 0%, 3%.

Se così fosse, ciò che a prima vista sembrava *anomalo* in realtà non lo è. Saremmo infatti in presenza di quella che alcuni statistici chiamano *variabilità naturale*: il fenomeno ha una sua variabilità interna (dovuta per esempio alle diverse attrezzature disponibili nelle diverse sale della clinica, alla capacità d'uso dei singoli infermieri delle stesse attrezzature, e a molti possibili altri fattori) per cui la differenza dalla media che osserviamo, per quanto ampia (il 5% è più del doppio del 2%) è in realtà *nella norma*.

Vale ovviamente la possibilità del caso inverso, ovvero che in presenza di una ipotetica frequenza media pari al 2%, quella osservata nel caso di specie (nelle notti in cui era in servizio l'infermiera) sia stata di non molto più alta, per esempio del 2,5%, e tuttavia abbastanza alta rispetto alla variabilità *naturale* da diventare elemento di giudizio a sfavore dell'imputato. Si pensi alla sequenza 2.01%, 2.04%, 2.00%, 2.13%, 2.17%, 2.11%, 2.20%, 2.03%, 2.12%, 2.02%, 1.90%, 2.19%, 2.01%, 1.62%, 1.45%, che ha sempre media 2%, ma con una variabilità (una diversità tra i valori) di gran lunga inferiore rispetto alla sequenza di percentuali riportati nel caso precedente. In tal caso, il valore 2,5% apparirebbe

particolarmente anomalo.

Lo statistico si forma e impara nel tempo a misurare questa variabilità, la variabilità naturale[780], eventualmente a enuclearla da variabilità spiegabili in altro modo tramite l'uso di modelli più o meno complessi e infine a utilizzare questa variabilità per vagliare la veridicità di una o più ipotesi, o proposizioni.

4. Il confronto tra proposizioni e il rapporto di verosimiglianza.

Un elemento che vorrei mettere in evidenza in questo discorso è la probabilità in quanto misura del grado di incertezza associata a una certa conoscenza. In particolare, si va a discutere quale spazio la probabilità può trovare – dal punto di vista della statistica – all'interno di un processo di conoscenza giurisdizionale.

Dato un elemento concreto, la cosiddetta *evidenza*, cioè ciò che viene effettivamente osservato, è possibile infatti ritrovarsi a esprimere un giudizio "in probabilità" sulla veridicità di una o più proposizioni[781].

Si immagini, a esempio, che venga individuata una traccia di sangue sul luogo del delitto e che ci si chieda se questa traccia appartenga o meno a un certo indiziato. L'ipotesi, o proposizione, è che la traccia appartenga all'indiziato, mentre l'evidenza è quanto emerge dall'analisi del DNA. Analisi che tipicamente fornisce una misura non certa e dunque una misura in probabilità. È possibile infatti determinare quanto è probabile che osserviamo l'evidenza (la traccia di DNA sotto esame) sotto l'assunto che sia vera l'ipotesi o proposizione che desideriamo valutare.

In questo contesto, va ben distinto ciò che è possibile da ciò che non è possibile affermare. Non è infatti assolutamente possibile *valutare la probabilità che l'ipotesi sia vera (o falsa)*, ma solo – come detto – la probabilità di osservare quanto osservato (l'evidenza) sotto l'assunto che l'ipotesi sia vera. Una apparente piccola distinzione linguistica che è invece

[780] Si veda in proposito quanto scrive in maniera divulgativa, in merito alla "*Natural Variability*", J. M. UTTS, Seeing Through Statistics, 4th Edition, Cengage Learning, 2014.

[781] Si seguiranno qui le Linee Guida elaborate dalla "Rete europea degli istituti di statistica forense" (ENFSI) per la valutazione delle relazioni tecniche nella scienza forense (*ENFSI guideline for evaluative reporting in forensic science*, http://enfsi.eu/documents/forensic-guidelines/); l'ENFSI (*European Network of Forensic Science Institutes*) è l'organismo tecnico di riferimento europeo, sia della Comunità Europea, sia del Gruppo di Cooperazione Europeo delle Polizie, nonché dell'Europol e dell'Interpol, riguardo la definizione degli standard tecnici utilizzati dai Laboratori di Polizia Scientifica.

una sostanziale differenza di approccio che dovrebbe essere ben presente a chi si interroga sul contributo che la statistica può fornire alla conoscenza giurisdizionale.

Il discorso sulla valutazione delle ipotesi non si conclude però così semplicemente perché, nella dinamica di un processo, vanno confrontate tra loro (almeno) due ipotesi: quella della difesa e quella dell'accusa.

Di conseguenza, e continuando con l'esempio, avremo due probabilità da mettere a confronto: la probabilità dell'evidenza sotto l'ipotesi che la traccia appartenga all'indiziato e la probabilità della stessa evidenza sotto l'ipotesi che la traccia non appartenga all'indiziato.

Logica vorrebbe che si confrontassero queste due probabilità e che laddove l'una fosse maggiore dell'altra si propenda per l'una delle due ipotesi piuttosto che per l'altra. Per fare ciò, è opportuno ricorrere al Rapporto di Verosimiglianza (RV), cioè al rapporto tra queste due probabilità.

Il rapporto di verosimiglianza[782] misura infatti il valore dell'evidenza e viene utilizzato per decidere quale tra due proposizioni alternative in un dibattimento processuale debba prevalere. È rapporto tra due probabilità per definizione: la probabilità di osservare l'evidenza sotto l'ipotesi che l'imputato sia colpevole (la proposizione dell'accusa) e la probabilità di osservare la stessa evidenza sotto l'ipotesi che l'imputato non sia colpevole (proposizione della difesa). Ognuna delle probabilità presa in modo isolato sarebbe infatti un'informazione che porterebbe a una visione distorta della realtà.

Come è stato infatti sottolineato[783], è sempre vero che, anche se l'evidenza fosse poco probabile sotto l'ipotesi che l'imputato è innocente, potrebbe essere ancora meno probabile sotto l'ipotesi che l'imputato sia colpevole. Non può essere dunque utilizzata come prova l'analisi della sola probabilità dell'evidenza sotto una delle due ipotesi.

Evidentemente, se in un dato caso specifico il RV avesse un valore vicino o esattamente uguale a uno, allora le due probabilità sono equivalenti e non c'è motivo per preferire un'ipotesi rispetto all'altra.

Se il RV dovesse essere maggiore di uno, allora bisognerebbe concludere che ciò che si è osservato è più probabile se la proposizione (l'ipotesi) al numeratore è vera piuttosto che la

[782] Il rapporto di verosimiglianza è anche noto in letteratura, compresi in alcuni lavori in lingua italiana, come *Likelihood Ratio* (LR).

[783] A. Colin, R. Paul e J. Graham, *Fundamentals of probability and statistical evidence in criminal proceedings*, Royal Statistical Society, 2010.

proposizione specificata al denominatore, viceversa se il RV è minore di uno. In breve, il RV fornisce una misura di quanto il risultato proveniente dalle evidenze sia più probabile sotto l'una o l'altra ipotesi.

D'altra parte, la forza dell'argomentazione, dell'essere a favore dell'una o dell'altra preposizione è legata anche all'ampiezza del rapporto, cioè a quanto sia maggiore (o minore) di uno.

4.1. Una scala di equivalenza verbale per il rapporto di verosimiglianza.

È interessante in proposito recuperare la *scala di equivalenza verbale* tra il valore del RV e la forza argomentativa della prova, così come elaborata dapprima da Nordgaard *et al.*[784], e poi ripresa a fini illustrativi dalle succitate Linee Guida ENFSI[785].

L'idea di questa scala di equivalenza nasce dall'ipotesi che sia necessario in qualche modo tradurre i valori del RV in una scala ordinale e in un'equivalente espressione verbale: una *equivalenza verbale* tra numeri e parole può certamente accorciare le distanze tra i tecnici dei numeri e chi si trova a lavorare quotidianamente nelle aule di un tribunale. Mentre infatti il valore assunto da un RV è facilmente comprensibile dagli scienziati forensi con una formazione quantitativa, può risultare ostico a altri operatori del settore.

Essendo quindi un'idea in linea con lo spirito che anima questo lavoro, la scala di equivalenza viene qui riportata in Tabella 1.

Come avvertenza, va detto che gli intervalli di valori del RV in Tabella 1 sono indicativi, visto che il RV assume valori nel continuo: è evidente che un RV di 999 è sostanzialmente equivalente a un RV di 1001.

Aggiungo che, se a prima vista questo discorso può sembrare un po' astratto, e non utile nella prassi della conoscenza giurisdizionale, il rapporto di verosimiglianza è stato utilizzato per mettere in evidenza come, in un particolare caso di specie, la prova del DNA non poteva essere considerata risolutiva da un punto di vista scientifico, in quanto la

[784] A. Nordgaard, R. Ansell, W. Drotz e L. Jaeger, *Scale of conclusions for the value of evidence*, Law, Probability & Risk, 2012, pp. 11:1–24.
[785] Di cui alla nota 6 di questo contributo.

corretta valutazione del rapporto di verosimiglianza portava a un valore vicino all'unità[786].

Tabella 1.

Valore del rapporto di verosimiglianza (RV) e sua equivalenza verbale[787]. Per ogni valore o insieme di valori vengono suggerite due frasi equivalenti.

Valore del Rapporto di Verosimiglianza (RV)	*Equivalenza verbale (per prima ipotesi o proposizione si intende quella di cui la probabilità dell'evidenza è al numeratore)*
1	Il valore del RV non favorisce una ipotesi rispetto all'altra. Il valore del RV non fornisce elementi utili per risolvere la questione
2 – 10	Il valore del RV favorisce debolmente la prima ipotesi rispetto a quella alternativa. Il dato osservato è leggermente più probabile se la prima preposizione è vera piuttosto che non la seconda.
10 - 100	Il valore del RV favorisce moderatamente la prima ipotesi rispetto a quella alternativa. Il dato osservato è più probabile se la prima preposizione è vera piuttosto che non la seconda.
100 - 1.000	Il valore del RV favorisce con una certa forza la prima ipotesi rispetto a quella alternativa.

[786] F. Taroni, S. Bozza e P. Garbolino, *Contaminazioni di un reperto con il DNA. Quando la prova genetica porta direttamente alla condanna*, in Diritto penale contemporaneo, 12 febbraio 2018.
[787] Fonte: Linee Guida ENSFI, di cui alla nota 6. Traduzione dall'inglese a cura dell'autore.

	Il dato osservato è apprezzabilmente più probabile se la prima preposizione è vera piuttosto che non la seconda.
1.000 - 10.000	Il valore del RV favorisce con forza la prima ipotesi rispetto a quella alternativa. Il dato osservato è molto più probabile se la prima preposizione è vera piuttosto che non la seconda.
10.000 - 1.000.000	Il valore del RV favorisce con particolare forza la prima ipotesi rispetto a quella alternativa. Il dato osservato è di gran lunga molto più probabile se la prima preposizione è vera piuttosto che non la seconda.
Più di 1.000.000	Il valore del RV favorisce in maniera estremamente robusta la prima ipotesi rispetto a quella alternativa. Il dato osservato è straordinariamente e di gran lunga molto più probabile se la prima preposizione è vera piuttosto che non la seconda.

In breve, il RV ci può aiutare a discriminare tra due diverse ipotesi o proposizioni. E, tuttavia, ritengo che anche qui vada introdotta un'ulteriore riflessione.

Se infatti è vero che un rapporto di verosimiglianza pari a 10 ci dice che una delle due proposizioni è 10 volte più probabile dell'altra, dovremmo anche e sempre chiederci quanto vale tale probabilità. Se il rapporto è uguale a 10, e la probabilità di un'evidenza empirica data la prima ipotesi è 0,7 (70%) contro una probabilità di 0,07 (7%), allora la forza dell'evidenza in favore della prima proposizione è innegabile. Cosa succede se invece un rapporto di verosimiglianza pari a 10 corrisponde a una probabilità dell'evidenza pari a 0,001 (1 su 1.000) con riferimento alla prima proposizione a fronte di una probabilità di

0,0001 (1 su 10.000) con riferimento alla seconda? Evidentemente, l'una ipotesi ha più forza dell'altra, ma entrambe sono molto deboli.
Se ne conclude che, quando si lavora con questo tipo di probabilità, tutti e tre gli elementi di questo discorso (le probabilità dell'evidenza sotto le due proposizioni e il loro rapporto) vanno presi in considerazione.

5. In conclusione.

Per concludere, anche solo a partire da questi piccoli cenni, mi appare che gli spazi per un dialogo tra la scienza statistica e la conoscenza giurisdizionale siano ampi e le prospettive di prassi e di ricerca ancora molte e da esplorare. Senza voler essere esaustivo, penso alle problematiche legate ai casi di discriminazione sui luoghi di lavoro, alle valutazioni del danno per colpa medica, ai danni da inquinamento ambientale verso gruppi o comunità territoriali (l'amianto, l'ILVA di Taranto, gli sversamenti nella terra dei fuochi), al problema dell'incertezza che è propria degli strumenti di misura (per esempio all'uso delle informazioni provenienti dalle scatole nere che vengono montate sulle automobili nelle cause con incidenti stradali), al problema della individuazione della causa nelle malattie professionali.
E tuttavia, a tutti è chiesto uno sforzo. Al *tecnico* va chiesto di rendere il proprio linguaggio il più vicino possibile a quello del giurista. Al giurista, di comprendere i limiti della conoscenza tecnica. Non si chieda al tecnico di dire ciò che non può dire.

Abstract: La necessità di far parlare tra loro le scienze statistiche e quelle giuridiche è sempre più evidente, sia in Italia che all'estero. Per questo motivo, questo contributo offre a un pubblico non specialista alcuni elementi propri delle scienze statistiche potenzialmente utili per districarsi tra termini e problemi che si possono incontrare nella prassi e nella ricerca legate alla conoscenza giurisdizionale. Si presentano alcuni esempi di trappole conoscitive; si discute il livello di incertezza e il concetto di variabilità naturale; si ripercorre l'uso corretto del rapporto di verosimiglianza; si offre una scala di equivalenza verbale per tale rapporto. Si delineano infine alcuni spazi aperti per una collaborazione tra queste due discipline, sottolineando l'importanza di riconoscere i limiti propri della

conoscenza che nasce a partire dall'analisi dei dati e dell'evidenza empirica.

Abstract: The need for statistics and law to meet somewhere and to talk to each other is widely recognized, both in Italy and abroad. For this reason, this contribution provides some basic elements of statistics potentially useful within a judicial knowledge process. Some examples of cognitive traps are presented; the level of uncertainty and the concept of natural variability are discussed; the correct use of the likelihood ratio is highlighted; a verbal equivalence scale is offered for such a ratio. Finally, a list of issues where these two disciplines can cooperate is offered, while the importance of recognizing the limits of the knowledge arising from the analysis of data and empirical evidence is eventually underlined.

Parole chiave: frequenza relativa – variabilità naturale – probabilità – rapporto di verosimiglianza – scala di equivalenza verbale.

Key words: relative frequency – natural variability – probability - likelihood ratio – verbal equivalents.

IL RILIEVO DELL'ECONOMIA AZIENDALE NELLA COGNIZIONE GIURISDIZIONALE: PROFILI EPISTEMOLOGICI NELLA DISCIPLINA DELLE FALSE COMUNICAZIONI SOCIALI*.

di Raffaele Trequattrini**

Sommario. 1. Premessa. – 2. Teoria del bilancio e teoria della conoscenza: esperienze a confronto. – 3. La giustificazione epistemica del rapporto tra verità e bilancio: le soluzioni affidabiliste. – 4. Conclusioni.

1. Premessa.

Molteplici sono i campi in cui l'economia aziendale può rappresentare un valido ausilio nella cognizione giurisdizionale all'interno dell'ordinamento italiano: a titolo di esempio, si può rilevare che, in ambito civilistico, i principali interventi riguardano le valutazioni del capitale in ipotesi di trasferimento, in senso lato, del complesso aziendale[788]; in ambito penalistico, i contributi più frequenti sono offerti nei casi della falsità documentale, i cui punti di riferimento più noti sono costituiti dal falso ideologico in atto pubblico, dal reato di falsa perizia o interpretazione e dal falso in bilancio.

Con riferimento specifico al reato di false comunicazioni sociali, si rileva come esso sia disciplinato dall'art. 2621 del codice civile secondo il quale «[…]gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, i quali, al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali dirette ai soci o al pubblico, previste dalla legge, consapevolmente espongono fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero ovvero omettono fatti materiali rilevanti la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale

* *Sottoposto a referaggio*.
** Professore ordinario di Economia aziendale – Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale.
788 G. Zanda, M. Lacchini e T.Onesti, *La valutazione delle aziende*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2013.

la stessa appartiene, in modo concretamente idoneo ad indurre altri in errore, sono puniti con la pena della reclusione da uno a cinque anni".

Secondo una prassi giurisprudenziale ormai consolidata, il contributo dell'aziendalista[789], nell'ambito delle cognizioni giurisdizionali aventi a oggetto il suddetto reato, è finalizzato, in particolare, a far luce sui cc.dd. *presupposti oggettivi* del reato, rappresentati dall'esposizione di fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero o dall'omissione di fatti materiali rilevanti in modo concretamente idoneo a indurre altri in errore.

Tale contributo, tuttavia, costituisce ancora oggi oggetto di dibattito in dottrina, anche a cagione delle numerose revisioni dell'impianto normativo susseguitesi negli ultimi anni, oltre che di interpretazioni giurisprudenziali spesso orientate in modo diametralmente opposto: si è andati, infatti, dalla negazione del c.d. *falso valutativo* a una sua completa accettazione fondata su un paradigma unitario *cautelare*, per il quale si punisce l'inosservanza consapevole di regole tecniche[790].

Il presente lavoro si pone l'obiettivo di indagare sul contributo che l'aziendalista è in grado di offrire nelle cognizioni giurisdizionali aventi a oggetto il reato di false comunicazioni sociali, nella convinzione che tale indagine debba trovare solide fondamenta, prima di tutto, sul piano epistemologico attraverso un adeguato approfondimento sul complesso rapporto tra verità e rilevazione dei fatti amministrativi.

A tale scopo, si procederà a effettuare un raffronto tra le principali teorie epistemologiche aventi a oggetto il rapporto tra verità e conoscenza e a delineare gli effetti che tali teorie hanno sul rapporto tra informativa esterna d'impresa e verità.

In sostanza, si cercherà di comprendere in che misura l'informativa esterna d'impresa, che trae origine da una sistematica rilevazione dei fatti amministrativi, è in grado di esprimere la verità della gestione.

---

[789] Sul tema del contributo dell'aziendalista nel reato di false comunicazioni sociali si veda V. Antonelli e R. D'Alessio, *Guida operativa alla perizia contabile nel falso in bilancio,* Milano, Il Sole 24 Ore, 2003; E. Cavalieri, *L'illecito penale nelle comunicazioni sociali: considerazioni critiche*, in *Rivista Italiana di Ragioneria e di Economia aziendale*, n. 1/1998; G. Cavazzoni (a cura di), *Il falso in bilancio. Riflessioni sulle novità della legge di riforma*, Torino, Giappichelli, 2004; M. Comoli, *Il falso in bilancio. Principi di ragioneria ed evoluzione del quadro normativo*, Milano, Egea, 2002; R. Moro Visconti, *Il falso in bilancio - aspetti contabili ed esempi pratici*, in *Impresa Commerciale e Industriale*, n. 5, 1995; G. Savioli, *Verità e falsità nel bilancio d'esercizio*, Torino, Giappichelli, 1998; F. Superti Furga, *Il falso in bilancio nella prospettiva economico-aziendale*, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 2/1996; E. Zigiotti, *Il falso in bilancio nei suoi fondamenti di ragioneria*, Padova, Cedam, 2000.

[790] Sulle diverse posizioni della giurisprudenza in tema di falso documentale si veda il contributo di A. Sereni, *Valutazioni tecniche e falsità documentali nel "diritto vivente"*, in *Archivio Penale*, n. 1/2019.

2. Teoria del bilancio e teoria della conoscenza: esperienze a confronto.

Secondo un'impostazione tradizionale e molto diffusa in ambito epistemologico, una proposizione può definirsi *conoscenza* quando possiede le caratteristiche della credenza vera giustificata[791].

Il concetto di credenza fa riferimento a una disposizione psicologica, ovvero a uno stato mentale, del soggetto che lo rende pronto a credere che un certo stato di cose sia reale. Tale disposizione psicologica, tuttavia, non è sufficiente a definire una proposizione in termini di conoscenza: è necessario, altresì, che essa si colleghi oggettivamente a uno stato di cose che possa definirsi vero. In questo senso, si può affermare che la conoscenza non può fare a meno del concetto di verità; quest'ultimo, tuttavia, non viene definito in modo unanime dalla dottrina al punto che si possono distinguere almeno tre differenti teorie che definiscono in modo differente la verità: la teoria corrispondentista, la teoria coerentista e la teoria pragmatica[792].

In base alla teoria corrispondentista[793], dire che una proposizione è vera significa dire che corrisponde a qualche stato di cose nel mondo. In pratica, le proposizioni vere rispecchiano in qualche modo l'attuale stato delle cose.

La teoria corrispondentista applicata alla verità dei bilanci indurrebbe a ritenere che un bilancio è veritiero quando rispecchia fedelmente l'andamento della gestione. Tale affermazione ha il pregio di porre l'attenzione su due elementi fondamentali:

1) il bilancio può essere assimilato a una proposizione, nel senso che costituisce uno strumento di comunicazione che svolge la stessa funzione del linguaggio;
2) il bilancio, in termini di linguaggio, potrebbe definirsi veritiero, qualora esistesse una sola descrizione corretta della gestione.

In particolare, è noto che un bilancio si compone di diverse voci contabili, a ciascuna delle quali è assegnata un'espressione in termini di quantità; in economia aziendale, esistono tre

[791] E.L, Gettier *La credenza vera giustificata è conoscenza ?*, in A. Bottani e C. Penco (a cura di), *Significato e teorie del linguaggio*, Milano, Franco Angeli, 1991.
[792] A. Pagnini, *Teoria della conoscenza*, Torino, Utet, 1995.
[793] K. Popper *Sulla logica delle scienze sociali*, in AA.VV., *Dialettica e positivismo in sociologia*, Torino, Einaudi, 1972.

diverse tipologie di quantità[794] aventi caratteristiche del tutto differenti:

A) le quantità misura accertate, ovvero le quantità che possono essere misurate oggettivamente e che di fatto vengono misurate (un esempio tipico di quantità misura è rappresentato dalla voce contabile riferibile alla Cassa);

B) le quantità misura stimate, ovvero quantità astrattamente misurabili in termini oggettivi, ma che di fatto non vengono misurate, ma solo stimate con idonee tecniche, per problematiche di tipo economico o organizzativo (un esempio tipico è rappresentato dalla valutazione delle rimanenze mediante i cc.dd. *criteri di scarico*);

C) le quantità astratte, ovvero quantità che assumono configurazione di valore differenti a seconda delle ipotesi che sottostanno alla loro determinazione (esempi tipici sono costituiti dal capitale economico, dai costi complessivi di produzione ecc.).

Ne consegue che la teoria corrispondentista attribuisce verità ai bilanci esclusivamente con riferimento alle voci cui è possibile attribuire una quantità misura; per le altre voci si tratta di un modello epistemologico che non può essere applicato al fine di risolvere il rapporto tra verità e informativa esterna d'impresa.

Le teorie coerentiste[795] tentano di definire la verità senza affidarsi alla nozione di una problematica corrispondenza tra una proposizione e il mondo; secondo tali teorie, dire che una proposizione è vera significa affermare che essa è coerente con uno specifico sistema di proposizioni. Traslate in ambito economico-aziendale, le teorie coerentiste considerano un bilancio veritiero quando le voci che lo compongono non sono contraddittorie tra loro (un esempio di palese falsità si potrebbe concretizzare quando le voci degli acquisti delle merci, dei ricavi e delle rimanenze sono incoerenti tra loro). In senso ampio, si potrebbe affermare che tutte le comunicazioni sociali sono veritiere solo nella misura in cui trasmettono informazioni univocamente interpretabili e non contraddittorie l'una con l'altra. Tale approccio non sembra estraneo agli intenti del legislatore ove si pensi all'ampliamento dei confini dell'informativa esterna d'impresa di tipo obbligatorio, cui si sta assistendo negli ultimi anni (si veda, a titolo di esempio, l'introduzione degli indicatori non finanziari). Si può osservare, tuttavia, che le teorie coerentiste non danno conto della circostanza che possono benissimo esistere molteplici bilanci, coerenti al loro interno e diversi l'uno con l'altro, che costituiscono la rappresentazione della medesima realtà

[794] P. Onida, *Economia d'azienda*, Milano, Utet, 1971.
[795] H. H. Joachim, *The Nature of Truth: An Essay*, Charleston, Nabu Press, 1923.

gestionale. Ne consegue che, in tali contesti, la teoria coerentista non è in grado di fondare una concreta distinzione tra un bilancio falso e uno veritiero, lasciando irrisolte le problematiche connesse al rapporto tra verità e informativa esterna d'impresa.

Un ulteriore modo di considerare la verità è quello pragmatista[796] secondo il quale, dire di una proposizione che è vera significa dire, in un certo senso, che è utile.

In questo senso, un bilancio potrebbe definirsi veritiero se fornisce ai destinatari informazioni utili per prendere decisioni economiche aventi a oggetto l'impresa.

Sotto questo profilo, non può essere sottaciuto[797] che le informazioni contenute nei bilanci possono servire una pluralità di utilizzatori, che avanzano proprie istanze, spesso in conflitto tra loro e variamente armonizzabili. Ne consegue un'asserzione di natura quasi sillogismatica:

- i destinatari del bilancio possono essere molteplici;
- un bilancio è veritiero quando risponde alle esigenze dei destinatari;
- esistono tanti bilanci veritieri quanti sono i destinatari dei bilanci.

Invero, il numero dei bilanci veritieri può essere inferiore al numero dei destinatari, qualora essi evidenzino esigenze tra loro compatibili ed esprimibili mediante una medesima rappresentazione, che si trova, rispetto ad esse, in condizioni di equilibrio. Emerge, così, il requisito di neutralità[798] dell'informativa di bilancio da intendersi come la caratteristica che le stesse informazioni debbono possedere per non favorire una particolare classe di soggetti a scapito di altri gruppi di persone: tali informazioni debbono costituire il minimo di conoscenza comune a tutti gli stakeholder.

Una possibile alternativa sperimentata in dottrina è costituita dal c.d. "bilancio aperto"[799], ovvero un bilancio composto in modo che esso fornisca non un risultato d'esercizio ma gli elementi indispensabili perché il destinatario possa costruire il tipo di risultato che ritiene conforme alle proprie esigenze di conoscenza e, al tempo stesso, possa trarre tutte le altre informazioni sulla situazione economico-finanziaria, comunemente richieste a un bilancio.

---

[796] C.S. Peirce *pragmatism is*, in *The Monist*, n. 15(2)/1905, pp. 161-181.

[797] M. Lacchini, *Modelli teorico-contabili e principi di redazione del bilancio. Riflessioni economico-aziendali sull'innovato codice civile*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1994.

[798] F. Dezzani *La neutralità del bilancio d'esercizio oggetto della certificazione e i principi contabili generalmente accettati*, in *Bilancio d'esercizio e amministrazione delle imprese. Studi in onore di Pietro Onida*, Milano, Giuffrè, 1981.

[799] P. Capaldo *Qualche riflessione sull'informazione esterna d'impresa*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, n. 2/1975.

Sebbene, da un lato, entrambe le soluzioni appaiano in grado di sciogliere sul piano teorico la problematica legata al rapporto tra verità e bilanci; dall'altro, si dimostrano concretamente impraticabili nella cognizione giurisdizionale dal momento che non consentono di dar conto dei comportamenti degli amministratori per via, rispettivamente, della possibile coesistenza di più documenti veritieri o di più di una quantità associata a ciascuna voce contabile.

3. La giustificazione epistemica del rapporto tra verità e bilancio: le soluzioni affidabiliste.

Come si è avuto modo di osservare, nessuna delle teorie epistemologiche citate è in grado di risolvere le complesse problematiche legate al rapporto tra *accounting* e verità.

In particolare, sembra potersi affermare che la nozione di verità è associabile solo in minima parte all'informativa esterna d'impresa (le voci esprimibili in termini di quantità misura) dal momento che, in linea teorica, per le quantità stimate e le quantità astratte possono esistere molteplici configurazioni di valore, tutte veritiere purché coerenti tra loro e adeguate alle esigenze informative delle diverse categorie di *stakeholder*.

Al fine di comprendere tale affermazione, può essere utile un collegamento tra bilancio e arti figurative, con particolare riferimento al celebre quadro di Velasquez dal titolo "Las Meninas".

Nel dipinto l'Autore sembra realizzare un semplice ritratto di corte, ma, nella realtà, effettua una complessa ed enigmatica operazione di propaganda su quanto l'arte possa riprodurre efficacemente la verità delle cose[800].

Nel dipinto, una grande tela appoggiata su di un cavalletto fa da cornice alla scena: sulla destra, alla stessa altezza della tela, si trova il cane della famiglia accucciato e tranquillo sul pavimento. Dietro di lui, due damigelle affiancano l'Infanta Margherita, mentre alle loro spalle la responsabile delle dame della regina conversa con un cortigiano. A sinistra, dietro la grande tela, Velasquez ritrae sé stesso abbigliato con una veste elegante e in atto di dipingere. Il suo viso è rivolto verso la grande tela e lo sguardo è diretto verso il fronte

[800] Per una lettura in chiave epistemologica del dipinto si veda M. Foucault, *Les Mots et les Choses (Une archéologie des sciences humaines)*, Paris, Gallimard, 1966.

del dipinto.

All'estremità sinistra si trova un nano ventenne, che posa il suo piede sulla schiena del cane, mentre, accanto a lui, una donna nana più anziana guarda direttamente lo spettatore. Al centro dell'immagine, quasi coincidente con l'incrocio delle diagonali, si trova lo specchio. Le immagini riflesse sono quelle del re e della regina che assistono alla creazione del dipinto. Sul fondo, dietro le dame di corte, si apre una porta e compare un personaggio che osserva la scena.

Il dipinto in questione si rivela utile ai nostri scopi in quanto metafora dell'informativa esterna d'impresa. Esso, infatti, costituisce una rappresentazione attraverso un linguaggio di una medesima realtà vista da almeno tre prospettive differenti:

- quella del committente (il re e la regina riflessi nello specchio), che, nella prospettiva dei bilanci, corrisponde a quella della proprietà;
- quella dell'artista (ritratto con il pennello in mano nell'attività di dipingere la tela), che, nella prospettiva dei bilanci, corrisponde a quella degli amministratori;
- quella dell'osservatore esterno dell'opera (osservato da tutti i personaggi della scena), che, nella prospettiva dei bilanci, corrisponde a quella degli altri stakeholder interessati all'informativa esterna d'impresa.

Come nel caso dell'opera d'arte, Velasquez non scioglie l'ambiguità legata a quale sia la prospettiva corretta e, pertanto, nessuna delle prospettive può definirsi vera; allo stesso modo, nel caso dei bilanci, il linguaggio contabile permette la coesistenza di differenti prospettive a nessuna delle quali può essere attribuita in misura maggiore l'appellativo di veritiera.

Allo scopo di risolvere l'aporia concettuale descritta, che rischierebbe di limitare a pochissimi casi il contributo dell'aziendalista nella cognizione giurisdizionale, finendo per negare la stessa possibilità di accertare il c.d. *falso valutativo* sul piano oggettivo, si può ricorrere ancora una volta al contributo dell'epistemologia.

Si può rammentare che, in ambito epistemologico, una conoscenza può definirsi tale solo se presenta i caratteri della credenza vera giustificata.

La giustificazione richiesta per qualificare le credenze vere come conoscenze consiste nell'esigenza che tali credenze siano basate su buone ragioni o su adeguate evidenze probatorie.

Tra le teorie che studiano il rapporto tra stato soggettivo (credenza) e realtà oggettiva

(verità), un posto di particolare rilievo meritano le teorie affidabiliste[801], secondo le quali una credenza assume lo status di conoscenza se è vera, certa e ottenuta per mezzo di un processo affidabile.

In ambito economico-aziendale, ciò potrebbe equivalere, in prima battuta, ad affermare che un bilancio può definirsi vero quando è redatto in base a regole stabilite dalla legge e/o dalla migliore prassi professionale (principi generalmente accettati). In tale ipotesi, infatti, essendo teoricamente il legislatore chiamato a esprimersi su quale debba essere il destinatario privilegiato dell'informativa esterna d'impresa, la contraddizione tra *accounting* e verità verrebbe sciolta attraverso una chiara presa di posizione del legislatore, il quale attribuirebbe il carattere di verità esclusivamente ai bilanci redatti secondo una determinata prospettiva. Nei termini della teoria del bilancio, tale soluzione equivale ad affermare che il legislatore debba prendere posizione circa il modello teorico-contabile da adottare, individuando con chiarezza il fine del bilancio, i postulati che discendono da tale fine e i criteri particolari di valutazione delle poste contabili che derivano dai suddetti postulati. In assenza di una tale dichiarazione di principio, che ha natura politica, non si può parlare di verità dei bilanci, ma solo di una loro generica correttezza, la cui verifica è subordinata all'applicazione dei principi contabili di generale accettazione. Si tratta, tuttavia, di una soluzione che ha numerosi limiti[802] per almeno i seguenti ordini di ragioni:

- non esiste un corpus unitario di principi (IAS/IFRS, OIC, FAS ecc.) e, pertanto, in assenza di un esplicito rinvio normativo, non è individuabile in modo certo il tipo di prassi applicabile ai singoli casi specifici;
- i principi contabili non sono in grado di fornire linee-guida per tutte le singole fattispecie riscontrabili nella prassi;
- i principi contabili non sono regole tecniche oggettive, ma costruzioni sociali[803] mutevoli elaborate da organismi tecnico-professionali, che risentono sensibilmente dei cambiamenti del contesto ambientale e cercano di influenzare tali mutamenti mediante un potere disciplinare sui comportamenti degli operatori economici.

[801] A. Goldman e E.J. Olsson *Reliabilism and the Value of Knowledge*, in A. Haddock, A. Millare e D. Pritchard (a cura di), *Epistemic Value*, Oxford University Press, 2009.
[802] M. Lacchini, *Modelli teorico-contabili e principi di redazione del bilancio. Riflessioni economico-aziendali sull'innovato codice civile*, cit., 1994, pp. 66 ss.
[803] P. Miller, *Accounting as Social and Institutional Practice: An Introduction*, in A. G. Hopwood e P. Miller, *Accounting as a Social and Institutional Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994.

Una seconda soluzione di natura affidabilista, volta a razionalizzare gli interventi degli aziendalisti nelle cognizioni giurisdizionali aventi a oggetto le false comunicazioni sociali in ipotesi di assenza di un'esplicita indicazione del fine del bilancio da parte del legislatore, è costituita dalla verifica dell'affidabilità del processo che dai fatti amministrativi conduce fino alla redazione dell'informativa esterna d'impresa. L'aziendalista, in questo caso, non sarebbe chiamato a esprimersi sulla verità dei bilanci, bensì sull'affidabilità dell'iter logico di formazione del bilancio d'esercizio, il quale dovrebbe essere compiuto dagli amministratori, applicando con ragionevolezza, in primo luogo, le disposizioni normative. Ove tali disposizioni si rivelassero carenti o suscettibili di varia interpretazione, l'amministratore dovrebbe essere chiamato a esplicitare le ragioni che lo hanno indotto a optare per una soluzione o per l'altra, facendo anche ricorso all'ausilio dei principi contabili di generale accettazione, la cui applicazione, tuttavia, non può essere in contrasto con la prospettiva di analisi prescelta.

In questo senso, il contributo dell'aziendalista dovrebbe consistere nel verificare la ragionevolezza del comportamento degli amministratori nel completamento del percorso logico descritto e dall'esito della suddetta verifica dovrebbe scaturire un giudizio complessivo sull'affidabilità delle comunicazioni sociali.

4. Conclusioni.

Il presente contributo si è posto l'obiettivo di chiarire il ruolo che l'aziendalista può svolgere sulle cognizioni giurisdizionali, con particolare riferimento al suo contributo nell'ambito dei procedimenti penali aventi a oggetto le false comunicazioni sociali.

Si è avuto modo di osservare che, al fine di conseguire il suddetto obiettivo, non può non essere chiamato in causa il complesso e molto dibattuto rapporto tra *accounting* e verità, che, a sua volta, necessita di un confronto tra la teoria del bilancio e la teoria della conoscenza.

Il suddetto confronto ha messo in luce come non esista un paradigma epistemologico in grado di offrire una spiegazione esaustiva circa la possibilità per un bilancio di rappresentare la complessa e dinamica verità della gestione.

Ciascuna delle teorie analizzate, tuttavia, ha posto l'accento su aspetti che contribuiscono

a far luce sulla natura e il ruolo dell'informativa esterna d'impresa nelle cognizioni giurisdizionali aventi a oggetto i reati di false comunicazioni sociali:

- le teorie corrispondentiste consentono di affermare che il concetto di verità può essere collegato ai bilanci esclusivamente con riferimento alle cosiddette quantità misura, ovvero alle poste contabili cui è attribuibile un solo valore che scaturisce da una misurazione certa e oggettiva;
- le teorie coerentiste pongono in evidenza la circostanza che una rappresentazione contabile, per essere veritiera, non dovrebbe contenere contraddizioni al suo interno e, di conseguenza, il ruolo dell'aziendalista dovrebbe focalizzarsi sulla verifica dell'esistenza delle suddette contraddizioni;
- le teorie pragmatiste sottolineano l'utilità delle informazioni contenute nei bilanci con riferimento ai destinatari, evidenziando come per le quantità stimate e le quantità astratte, che configurano il cosiddetto falso valutativo, non si possa parlare di verità dal momento che quest'ultima è strettamente connessa alla prospettiva da cui si osserva il bilancio stesso.

Quest'ultima osservazione si fonda sul presupposto che il bilancio costituisca uno strumento di comunicazione che configura una rappresentazione realizzata attraverso un linguaggio e, in quanto linguaggio, non può prescindere dalle finalità e dalle prospettive sottostanti le regole che ne presidiano l'efficacia.

Tale riflessione, che finirebbe con il negare la possibilità dell'accertamento del cosiddetto falso valutativo, limitando il ruolo dell'aziendalista alla sola verifica dei casi del falso oggettivo o del falso per incoerenza, può essere, in parte, attenuata, sostituendo al concetto di verità quelli di correttezza e di affidabilità dei processi di stima: con il primo, all'aziendalista verrebbe affidato il compito di verificare che il bilancio sia redatto nel rispetto della legge e dei principi di generale accettazione (posizione dominante in giurisprudenza); con il secondo, si attribuirebbe all'aziendalista il compito di verificare l'affidabilità del processo che conduce dal fatto amministrativo al bilancio d'esercizio.

Si può, dunque, concludere, parafrasando una nota frase che Worms scrisse nell'opera "La filosofia in Francia nel XX secolo": "Come Cristoforo Colombo, partito alla ricerca delle Indie, ha scoperto l'America, così le scienze umane (e tra queste l'economia aziendale n.d.A.), partite alla ricerca dell'*uomo*, hanno trovato tutt'altra cosa, il Linguaggio"[804]; con ciò ritengo sia ampiamente dimostrata l'impossibilità teorica di collegare in modo

[804] F. Worms, *La philosophie en France au XX siècle. Moments*, Paris, Gallimard, 2009.

aproblematico l'informativa esterna d'impresa alla nozione di verità.

Constatata la problematicità del nesso tra *accounting* come linguaggio e verità dei fatti amministrativi, nondimeno resta la necessità di offrire una risposta, almeno in chiave ermeneutica, circa il ruolo dell'aziendalista nelle cognizioni giurisdizionali aventi a oggetto il reato di false comunicazioni sociali.

A tale scopo, si può ripartire dalla nota tripartizione, tanto cara alla dottrina, tra quantità misura, quantità stimate e quantità astratte, e suggerire un diverso comportamento dell'aziendalista per ciascuna delle suddette categorie di espressione dei fatti amministrativi.

Con riferimento alle quantità misura, le teorie corrispondentiste impongono al perito la ricerca della corrispondenza tra le quantità espresse nell'informativa esterna d'impresa e quelle determinabili attraverso riscontri oggettivi. Si tratta del contributo più facilmente descrivibile in quanto non richiede alcun intervento discrezionale da parte del perito.

In ordine alle quantità stimate, sono astrattamente ipotizzabili due percorsi alternativi e complementari ai fini della ricerca dell'attendibilità (giammai della verità) delle stime: da un lato, quello suggerito dalle teorie coerentiste che richiedono una verifica complessiva della coerenza tra le diverse espressioni qualitative e quantitative contenute nell'informativa esterna d'impresa; dall'altro, quello suggerito dalle teorie affidabiliste, che poggiano l'attendibilità delle procedure di stima sulla conformità a comportamenti codificati all'interno di principi contabili di generale accettazione. Si tratta, quest'ultima, della prassi maggiormente accolta in giurisprudenza, legittimata dall'interpretazione del principio di correttezza in termini di conformità ai principi contabili emanati dai più importanti organismi nazionali e internazionali.

Per quanto concerne le quantità astratte, il presupposto del fine quale *stella polare* in grado di orientare il processo di stima suggerisce all'aziendalista di verificare la ragionevolezza del comportamento degli amministratori attraverso una disamina dell'iter logico di formazione del bilancio d'esercizio, inteso come esecuzione di un processo in cui le singole stime siano riconducibili in modo coerente e sistematico a un'unica grandezza quantitativa espressiva del fine del bilancio d'esercizio (es.: reddito d'esercizio come rappresentazione delle condizioni più o meno favorevoli incontrate nel corso della gestione, ovvero come indicatore di redditività ovvero ancora come espressione del reddito potenziale): dall'esito della suddetta verifica dovrebbe scaturire un giudizio complessivo sull'affidabilità delle

comunicazioni sociali nel loro complesso.
Si tratta di un'impostazione che non può non trovare nella legge la necessaria premessa di ogni comportamento da tenersi in sede giurisdizionale, ma che, tuttavia, rischia di rivelarsi meramente teorica, almeno finché il legislatore non decida di adeguare la disciplina in tema di informativa esterna d'impresa ai più recenti risultati del dibattito scientifico in tema di teoria del bilancio[805].

Abstract: Il lavoro si pone l'obiettivo di indagare sul contributo che l'aziendalista è in grado di offrire nelle cognizioni giurisdizionali aventi a oggetto il reato di false comunicazioni sociali. Tale contributo è oggetto di dibattito in dottrina, anche a cagione delle numerose revisioni dell'impianto normativo susseguitesi negli ultimi anni, oltre che di interpretazioni giurisprudenziali spesso orientate in modo diametralmente opposto. Attraverso il confronto tra epistemologia e teoria del bilancio, l'Autore presenta una ricostruzione interpretativa del presupposto oggettivo del reato, suggerendo all'aziendalista una soluzione che tenga conto del nesso problematico tra verità e accounting. Si tratta, tuttavia, di una soluzione che rischia di rivelarsi meramente teorica, almeno finché il legislatore non decida di adeguare la disciplina avente a oggetto l'informativa esterna d'impresa ai più recenti risultati del dibattito scientifico in tema di teoria del bilancio.

Abstract: The article aims to investigate the contribution that research in business administration is able to offer in forensic field concerning the accounting fraud. On this contribution exists a debate, due to the numerous modification of the regulatory framework that have taken place in recent years, as well as to jurisprudential interpretations often oriented in a diametrically opposite way. Through the comparison between epistemology and accounting theory, the Author presents an interpretation of the objective assumption of the crime, suggesting a solution that takes into account the problematic link between truth and accounting. However, this is a purely theoretical solution, at least until the Regulator decides to adapt the discipline concerning financial accounting to the most recent results of the debate on accounting theory.

[805] S. Adamo, A.M. Fellegara, A. Incollingo e A. Lionzo, *La "nuova" informativa di bilancio*, Franco Angeli, Milano, 2018

Parole chiave: falso in bilancio – accounting – informativa esterna d'impresa – rappresentazione veritiera e corretta.

Key words: accounting and fraud – financial accounting – accounting – true and fair view.

PSICOLOGIA E GIURISDIZIONE: IL CASO DELLE NEUROSCIENZE FORENSI*.

di Chiara Berti**

Sommario. 1. Introduzione. – 2. Il rapporto tra psicologia e diritto: aspetti storici e classificazioni delle interazioni. – 3. Il ricorso alla scienza. – 4. Il caso delle neuroscienze forensi. – a. L'illusione della prova scientifica. – b. Neuromania e dettagli seduttivi. – c. L'ammissibilità della prova neuroscientifica.

1. Introduzione.

Il titolo del saggio di Green e Cohen[806] – "Per quanto attiene al diritto, le neuroscienze cambiano tutto e niente" - a quindici anni dalla sua pubblicazione esprime ancora in maniera efficace il dibattito in ambito scientifico, giuridico e filosofico attorno alle ricadute sul diritto delle acquisizioni delle neuroscienze. Sebbene le perplessità e le critiche superino i consensi, il sempre più frequente ricorso processuale a tali acquisizioni è un dato inequivocabile[807] e ha fatto sorgere non pochi interrogativi sia sulla possibilità di una rifondazione su basi neuroscientifiche del diritto penale, sia sul contributo delle neuroscienze nel processo penale. Da un punto di vista generale, il dibattito riguardante il potenziale apporto delle scienze del rapporto cervello-mente all'amministrazione della giustizia penale può essere visto anche come espressione del difficile rapporto tra l'universo scientifico e quello del diritto.

Questo contributo si articola in tre parti: nella prima è tracciata a grandi linee la storia delle relazioni tra psicologia, la scienza che indaga i processi mentali, e diritto e sono presentate alcune forme di classificazione delle loro interazioni; nella seconda si affronta il tema del

---

* *Sottoposto a referaggio*.

** Professore associato di Psicologia sociale – Università di Chieti-Pescara "Gabriele D'Annunzio".

806 J. Greene e J. Cohen, *For the law, neuroscience changes nothing and everything*, in *Philosophical Transactions of The Royal Society B Biological Sciences*, 359 (1451), 2004, pp. 1775-85.

807 C. Grandi, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, Torino, Giappichelli Editore, 2016.

ricorso alle conoscenze e ai metodi scientifici da parte del sistema della giustizia e nella terza quello del rapporto tra neuroscienze e diritto.

2. Il rapporto tra psicologia e diritto: aspetti storici e classificazioni delle interazioni.

La storia delle relazioni tra la psicologia e il mondo del diritto è segnata dall'alternanza tra momenti di chiusura da parte di quest'ultimo alla possibilità di avvalersi del contributo di conoscenze, ruoli e competenze che rinviano alla psicologia e momenti in cui questa viene interpellata e il suo apporto riconosciuto.

Il primo incontro tra la psicologia e il diritto nel contesto giudiziario avviene in occasione della difesa di imputati affetti da patologie mentali[808]. Nei primi decenni del secolo scorso la valutazione della capacità di intendere e di volere fu tuttavia quasi sempre affidata a medici psichiatri. Dagli anni Venti, negli Stati Uniti, ma già da prima in Europa, gli psicologi venivano ascoltati in veste di consulenti tecnici su questioni che non comportavano una violazione dei territori tradizionalmente occupati dai medici psichiatri: per esempio, gli effetti delle pratiche educative sui bambini o l'impatto di informazioni diffuse prima del dibattimento su testimoni e giuria. Fin dagli esordi, tuttavia, la presenza di psicologi in qualità di esperti nelle aule di tribunale suscitò atteggiamenti contrastanti e in generale cautela, se non resistenza, rispetto alla possibilità di ricorrere alle loro competenze[809].

Un altro settore nel quale, fin dai primi del Novecento, la psicologia iniziò a interagire col sistema del diritto fu quello del trattamento di minori devianti e delinquenti. Anche in questo caso tuttavia gli psicologi operavano sotto la supervisione di medici psichiatri. Godevano invece di una maggiore autonomia di intervento nel campo della valutazione psicometrica dei detenuti e del personale di polizia e dei penitenziari. In questo ambito già dall'inizio dello scorso secolo era stato previsto un servizio psicologico. Alla fine degli anni Trenta sessantaquattro psicologi prestavano servizio in centotrentasei prigioni negli Stati Uniti.

---

[808] J. R. P. Ogloff, C.F. Roberts e R. Roesch *The insanity defense: Legal standards and clinical assessment*, in *Applied and Preventive Psychology*, 2, 1993, pp. 163-178.

[809] C. R. Bartol e A. M. Bartol, *History of forensic psychology*, in A. K. Hess e I.B. Weiner (a cura di), *The Handbook of forensic psychology*, John Wiley & Sons, New York, 1993.

Il rapporto tra la psicologia e il sistema del diritto non si sviluppò tuttavia solo nel contesto delle aule giudiziarie e dei luoghi di detenzione e riabilitazione. Ciò che avveniva in questi contesti già dalla fine dell'Ottocento era oggetto di studio per gli psicologi. Quando Cattell chiese nel 1893 a cinquantasei studenti della Columbia University di rispondere a una serie di domande[810] e di dire quanto si sentissero sicuri delle loro risposte, stava conducendo probabilmente il primo studio sulla testimonianza. I suoi studi[811] ebbero una vasta risonanza in Europa grazie a Binet[812] che li replicò in Francia, e anche per gli esperimenti sulla testimonianza condotti da Stern[813] in Germania. Lo stesso Stern fu perito psicologo in un processo celebrato nel 1903 ed è da quegli anni che gli psicologi iniziano a svolgere il ruolo di consulenti tecnici sia su casi specifici, sia su aspetti generali concernenti la psicologia della testimonianza.

È grazie al movimento del realismo giuridico[814] che il sistema della giustizia cominciò a tenere conto dell'apporto delle scienze sociali. Già alla fine dell'Ottocento il giudice Holmes della Corte Suprema del Massachusetts aveva dichiarato la sua insoddisfazione per la concezione *meccanicistica* del diritto, nella convinzione della necessità di un ampliamento delle sue prospettive. In virtù dei principi del realismo giuridico, la psicologia avrebbe potuto svolgere un ruolo importante sia analizzando le esperienze e le convinzioni personali che influenzano le decisioni giudiziarie, sia contribuendo all'esame della realtà sociale. Mentre da un lato alcuni psicologi continuavano a battersi per essere ammessi come consulenti tecnici in cause che richiedevano un accertamento delle condizioni mentali degli imputati, altri si impegnavano in battaglie per la difesa dei diritti civili, come quella contro la segregazione scolastica su base etnica. La *Brandeis brief* presentata da trentadue scienziati sociali – sociologi, antropologi, psicologi e psichiatri - davanti alla Corte Suprema nel caso *Brown v. Board of Education*[815] fu definita come "il migliore uso delle

[810] È all'inizio dell'autunno che il castagno e la quercia perdono le foglie? In che direzione erano orientati i semi della mela? I cavalli, all'aperto, rivolgono verso il vento la testa o la coda? Che tempo faceva la settimana scorsa?
[811] J. M. Cattel, *Measurements of the accuracy of recollection*, in *Science*, n. 2/1895, pp. 761-766.
[812] A. Binet, *La science du témoignage*, in «*L'Année psychologique*», n. 12/1905, pp. 274-302.
[813] W. Stern, *Allgemeine Psychologie*, Nijhoff, La Haye, 1934.
[814] 1. Il diritto è il comportamento dei giudici; le decisioni sono necessariamente influenzate dalle loro esperienze personali e dalle loro convinzioni; 2. Scopo del diritto è la promozione del benessere sociale; 3. Nella promozione del bene comune, il sistema del diritto si avvale di un esame sistematico della realtà sociale (G. B. Melton R*ealism in psychology and humanism in law: Psycholegal studies at Nebraska*, in *Nebraska Law Review*, n. 6/1990, pp. 251-277).
[815] 347 U.S. 483, 1954.

scienze sociali che mai sia stato fatto dal sistema del diritto"[816], ma la sentenza che sancì l'incostituzionalità della segregazione scolastica fu da alcuni giuristi criticata, non per la sostanza ma per il metodo: ricorrere ad argomentazioni fondate su saperi extragiuridici potrebbe infatti costituire un rischio, qualora questi saperi si dovessero allontanare dai principi libertari ed egualitari quali quelli che le scienze sociali esprimevano all'epoca[817]. Dello stesso avviso anche alcuni psicologi critici verso la possibilità che le scelte di diritto possano essere orientate dalle scoperte scientifiche anziché dai giudizi di valore e dai principi[818]. Un tema, come si vedrà, al centro del dibattito sulle implicazioni etico-teoriche delle neuroscienze forensi e, in particolare, sul possibile impatto che le nuove acquisizioni scientifiche in questo ambito potrebbero avere su alcune categorie giuridiche sostanziali e sullo stesso processo penale.

In Italia, la psicologia e il diritto hanno una tradizione di confronto che risale ai primi decenni del secolo scorso. In quegli anni la psicologia trova proprio nel sistema del diritto uno dei suoi primi ambiti di applicazione, conciliando le attese dei giuristi verso metodi per migliorare l'amministrazione della giustizia con l'interesse della psicologia sperimentale dell'epoca di provare sul campo i suoi metodi e le sue acquisizioni[819]. Da anni, il rapporto è ormai strutturale: l'intervento e l'impegno della psicologia sui problemi e le richieste collegati al sistema del diritto non hanno un carattere eccezionale o occasionale; infatti molti settori della giustizia si avvalgono sistematicamente del contributo di competenze e conoscenze psicologiche.

Tra i tanti modi di classificare le forme di interazione tra psicologia e diritto, ricordiamo quella di Haney[820]: la psicologia *nel* diritto, la psicologia *e* il diritto, la psicologia *del* diritto. Nel primo caso, la psicologia è utilizzata dal diritto nella gestione ordinaria delle attività giudiziarie. Le perizie per stabilire l'imputabilità, la valutazione dell'attendibilità della testimonianza di un minore e, negli Stati uniti, la selezione delle giurie costituiscono un esempio del ricorso alle competenze psicologiche da parte del sistema giudiziario. In queste

[816] J. Monahan e W. L. Walker, *Social science in law: Cases and Materials*, Westbury, N.Y., Foundation Press, 1994, p. 148.
[817] E. Cahn, *Jurisprudence*, in *New York University Law Review*, n. 30/1995, pp. 150-169.
[818] S. Lloyd Bostock, *Psychology and law: A critical review of research and practice*, in *British Journal of Law and Society*, n. 8/1981, pp. 1-28.
[819] Uno degli indizi del dialogo tra psicologia e diritto di quegli anni può essere trovato nella prefazione di Francesco Carnelutti a *Elementi di psicologia della testimonianza*, C. Musatti, Padova, CEDAM, 1931.
[820] C. Haney, *Psychology and legal change: On the limit of factual jurisprudence*, in *Law and Human Behavior*, n. 4/1980, pp. 147-200.

interazioni, è il sistema del diritto a porre quesiti e a fissare gli obiettivi e le finalità dell'intervento psicologico.

La seconda forma di interazione – la psicologia *e* il diritto – si riferisce ad un uso delle nozioni e delle categorie psicologiche per analizzare ed esaminare il sistema della giustizia. Rientrano in questa forma di interazione gli studi sulle decisioni giudiziarie, sugli effetti prodotti dalle diverse modalità di effettuare un riconoscimento o un interrogatorio e quelli – condotti negli Stati Uniti – sugli effetti prodotti dalla procedura di *death qualification*. L'intervento della psicologia in questi casi non è richiesto espressamente dal sistema giudiziario; la psicologia svolge, piuttosto, un ruolo critico, mettendo a disposizione degli operatori del diritto quelle informazioni utili a valutare la fondatezza, dal punto di vista scientifico e delle conoscenze psicologiche in particolare, della propria operatività nonché competenze e strumenti finalizzati ad aumentare l'efficacia dell'intervento giudiziario, sotto il profilo delle garanzie processuali e dell'efficacia dell'azione giurisdizionale.

Il terzo modo nel quale la psicologia e il diritto interagiscono è quello che vede il sistema del diritto come un oggetto di studio della psicologia. Le origini, le funzioni e il rispetto delle norme, l'attribuzione della responsabilità, le origini e la natura del potere giudiziario, l'impatto e i limiti delle riforme legislative costituiscono alcuni degli oggetti di studio della psicologia del diritto (*psycho-legal issues*).

Secondo il sociologo Friedman, lo studio del diritto è andato avanti in relativo isolamento delle altre scienze sociali. Forse, sostiene Friedman[821], gli uomini di legge e i giuristi non sono gente socievole; va anche considerato che nel mondo moderno il diritto è un oggetto di grande mole e di spaventosa tecnicità, che tende a respingere i non addetti. Questa opinione sembra essere condivisa da Moscovici[822] secondo il quale le istituzioni giudiziarie non sono aperte alla ricerca, non sembrano sentire né il bisogno di conoscersi né quello di essere conosciute. L'opacità del sistema del diritto, che un tempo designava la sacralità e l'autorità, assume oggi, secondo Moscovici, la funzione di uno schermo che separa e mantiene le distanze dal mondo esterno.

Molti studiosi hanno provato ad attraversare questo schermo: il sistema del diritto è stato analizzato attraverso le categorie e i metodi propri di molteplici prospettive disciplinari

[821] L.M. Friedman, *The legal system. A social science perspective*, New York, Russel Sage Foundation, 1975; trad. it. *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Bologna, Il Mulino, 1978.
[822] S. Moscovici, *Préface*, in P. Hunout (a cura di), *Droit du travail et psychologie sociale*, Paris Méridiens Klincksiec, 1990.

quali l'antropologia, la storia, la sociologia, la filosofia e la psicologia. La psicologia giuridica si caratterizza oggi come un ambito disciplinare complesso e polidimensionale sotto il profilo degli oggetti ai quali si applica e sotto quello dei metodi e degli approcci che utilizza.

Un'altra classificazione delle forme di interazione tra psicologia e diritto è quella proposta da Monahn e Walker[823]. Concerne in realtà le interazioni tra il diritto e tutte le scienze sociali, e non soltanto la psicologia; si focalizza inoltre sul contesto delle cause giudiziarie. Questa classificazione prevede tre categorie: i fatti sociali, la cornice sociale e l'autorità sociale. I fatti sociali sono forniti dalla ricerca; rivestono un interesse immediato per le parti in causa che hanno commissionato una indagine per raccogliere informazioni utili per il caso oggetto del procedimento giudiziario.

Cornice sociale è un termine usato per indicare evidenze empiriche e modelli teorici utilizzati a sostegno di precise prese di posizione o di pretese avanzate dalle parti coinvolte in una causa giudiziaria. Non indica risultati di ricerche condotte ad hoc ma dati già conosciuti e disponibili, che vengono utilizzati dalle parti in causa, allo scopo di legittimare una determinata affermazione. Monahan e Walker citano come esempi gli studi sull'attendibilità della testimonianza, le ricerche sulla sindrome della donna picchiata, le statistiche sui tassi di recidiva degli omicidi.

L'autorità sociale è una categoria ibrida che combina aspetti delle altre due categorie. Con questa espressione, Monahan e Walker indicano il ruolo svolto dalle scienze sociali nella scelta, modificazione e creazione delle norme giuridiche. In questo caso, le scienze sociali offrono un contributo a lungo termine che non si estingue ai confini di un caso specifico. La sentenza *Brown v. Board of Education* costituisce un esempio di questa modalità di interazione tra il diritto e le scienze sociali. Uno degli aspetti discussi dai due autori è quello della validità e utilizzabilità in ambito giudiziario delle conoscenze prodotte dalle scienze sociali; la questione della rilevanza giuridica dei risultati scientifici rimanda al tema più generale del dialogo tra scienza e diritto, un dialogo tra due linguaggi differenti, tra due diverse forme di pensiero.

Nonostante le difficoltà di dialogo tra sapere scientifico e sistema del diritto – e il dibattito

[823] J. Monahan e L. Walker, *Social science in law: A new paradigm*, in *American Psychologist*, n. 43/1988, pp. 465-472; L. Walker e J. Monahan, *Social frameworks: A new use of social science in law*, in *Virginia Law Review*, n. 73/1987, pp. 559-598; L. Walker e J. Monahan, *Social facts: Scientific methodology as legal precedents*, in *California Law Review*, n. 76/1988, pp. 877-896.

sul possibile apporto delle neuroscienze all'amministrazione della giustizia penale appare costituire solo l'ultima tappa di questo complicato rapporto tra l'universo scientifico e quello penalistico – criminologico –sembra essersi affermata una tendenza attrattiva tra questi due mondi nonostante evidenti problemi di reciproca incomunicabilità[824] e la loro eterogeneità[825].

3. Il ricorso alla scienza.

Il sempre più frequente ricorso alla scienza per accertare un fatto rilevante in giudizio, ossia a conoscenze che si formano al di fuori del diritto e che risultano da indagini e ricerche di carattere scientifico, sebbene non costituisca un orientamento recente, è diventato un fenomeno di grande rilevanza per le dimensioni che ha raggiunto negli ultimi decenni[826]. L'evoluzione e lo sviluppo delle scienze riguarda infatti sempre di più campi che nel passato non erano caratterizzati da conoscenze scientifiche e di conseguenza rientravano nell'ambito del senso comune, e hanno contribuito allo sviluppo di un orientamento culturale favorevole al ricorso a modelli scientifici di conoscenza dei fatti. Le occasioni di riferimento alle scienze naturali e anche a quelle umane e sociali hanno visto dunque una notevole espansione: questo consente quindi sia la possibilità di una verifica empirica dell'attendibilità delle nozioni dell'esperienza comune sulla base delle conoscenze scientifiche, sia l'esclusione di quelle che risultino contraddette dalla scienza o prive di fondamento. Taruffo distingue due filoni di impiego della scienza nel processo: la

[824] "[Scienza e giustizia penale] sono due forme di pensiero che non sono sullo stesso piano e di conseguenza non si riesce a capire secondo quale regola l'una potrebbe avvalersi dell'altra. È certo però, ed è una cosa che sorprende sin dal diciannovesimo secolo, che la giustizia penale, di cui si sarebbe potuto supporre la diffidenza verso il pensiero psichiatrico, psicologico o medico, sembra invece esserne stata affascinata. Certamente ci sono stati degli attriti, dei conflitti […] ma se si considera un periodo di tempo più lungo, un secolo e mezzo, sembra che la giustizia penale sia stata disposta, e in misura sempre maggiore, ad accogliere queste forme di pensiero". Intervista di Ringelheim a Foucault, Cos'è che chiamiamo punire? (1983), in M. Foucault, *L'emergenza delle prigioni. Interventi su carcere, diritto, controllo*, Firenze, La Biblioteca Junior, 2011, p. 273, citato in A. Corda, *Neuroscienze forensi e giustizia penale tra diritto e prova (Disorientamenti giurisprudenziali e questioni aperte)*, in *Archivio Penale*, n. 3/2014, pp. 1-41.

[825] Haney fa risalire le ragioni delle difficoltà di dialogo tra psicologia e diritto ad una serie di antinomie: innovazione e stabilità, scienza empirica e principio d'autorità, metodo sperimentale e processo accusatorio, descrizione e prescrizione, livello nomotetico e livello idiografico, probabilismo e certezza, proattività e reazione, teoria e operatività (C. Haney, *Psychology and legal change: On the limit of factual jurisprudence*, in *Law and Human Behavior*, cit.).

[826] M. Taruffo, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 3/2001, pp. 665-695.

scientifizzazione del ragionamento probatorio e il ricorso a *prove scientifiche*. Per quanto riguarda il primo filone, propone due esempi: l'elaborazione di modelli probabilistici da applicare all'analisi e valutazione delle prove; il ricorso all'applicazione di modelli di intelligenza artificiale a problemi che sorgono nel ragionamento giudiziario e a sistemi informatici di aiuto alla decisione[827]. Il secondo filone si riferisce invece al ricorso alle conoscenze e ai metodi offerti dalle scienze della natura e dalle scienze umane per accertare fatti rilevanti per la decisione.

Taruffo osserva che la risposta scientifica al bisogno di certezza e di attendibilità del ragionamento decisorio non può essere considerata una soluzione facile e completa di tutte le difficoltà che la formulazione della decisione comporta[828]. Le esigenze di attendibilità, razionalità, controllabilità e giustificazione sorgono anche in relazione ai fattori propriamente giuridici del ragionamento ma, in questo caso, il giudice si muove in un terreno in cui gli strumenti di analisi e controllo sono più noti. In che modo invece un giudice, quando esce dal mondo familiare della cultura giuridica, utilizza la scienza per formulare passaggi e segmenti non giuridici del suo ragionamento? In che modo avviene il passaggio delle nozioni scientifiche dalla cultura degli specialisti alla cultura propria del mondo del diritto? In che modo un oggetto complesso come una teoria scientifica viene trasformato nell'argomentazione giuridica?[829] Sono evidenti in questi casi le difficoltà e i rischi di errore.

---

[827] Le strategie suggerite dagli psicologi per prevenire gli errori decisionali prevedono tre vie: un miglioramento del grado di *expertise* dei giudici attraverso una preparazione specifica nella logica deduttiva, nella logica induttiva, nella teoria della decisione e sulle fallacie nei giudizi; suggerimenti mirati, come per esempio quelli concernenti la modalità di formulazione di uno stesso problema, il formato di presentazione dei dati (frequentistico *vs* probabilistico) e le strategie per prevenire distorsioni tipiche della decisione collegiale; il ricorso a sistemi informatici di aiuto alla decisione: programmi per facilitare decisioni che scaturiscono da processi ripetitivi e consolidati e sistemi di supporto alle decisioni che offrono aiuto in compiti decisionali non predefiniti (R. Rumiati e C. Bona, *Dalla testimonianza alla sentenza. Il giudizio tra mente e cervello*, Bologna, Il Mulino, 2019). Le linee guida per gli avvocati in tema di pregiudizi ed errori sistematici (https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_code_of_judicial_conduct/model_code_of_judicial_conduct_canon_2/rule2_3biasprejudiceandharassment.html/) testimoniano la consapevolezza da tempo maturata e diffusa anche tra gli operatori del diritto dell'esistenza di fattori che possono influenzare le decisioni, e delle difficoltà a formulare un giudizio o un ragionamento non distorti da emozioni o errori sistematici. I limiti dell'efficacia di questo tipo di linee guida sono tuttavia noti agli scienziati sociali: chi giudica non ha sempre accesso alle fonti di distorsione dei propri giudizi. Inoltre è noto l'effetto paradosso dei tentativi di soppressione di pensieri indesiderati: sarebbe proprio tale sforzo a sortire il risultato opposto (D. M. Wegner, *Ironic process of mental control*, in *Psychological Review*, n. 101/1994, pp. 34-52).

[828] M. Taruffo, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, cit.

[829] *Ibidem*.

Nel caso della prova scientifica il giudice deve compiere scelte, verificare fondamenti e validità delle nozioni fornire dalla scienza, sfuggire al rischio di una passiva ortodossia culturale, assumersi la responsabilità di scelte in un contesto in cui lo sviluppo scientifico offre conoscenze spesso incerte e complesse.

Da decenni l'uso delle conoscenze e dei metodi scientifici e l'esigenza di evitare che la decisione sia condizionata da una *scienza cattiva*, ossia pseudoscienza priva di effettiva validità, sono oggetto di dibattito in ambito giuridico e di pronunciamenti giurisprudenziali.

Nel 1993 la Corte Suprema degli Stati Uniti indicò, decidendo il caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*[830], i criteri ai quali i giudici avrebbero dovuto attenersi per ammettere prove scientifiche per l'accertamento dei fatti. Superando lo standard espresso nella sentenza *Frye*[831] che fondava l'ingresso della prova scientifica nel processo esclusivamente sul principio della generale accettazione da parte della comunità scientifica di riferimento, la Corte Suprema statunitense indica ulteriori criteri: 1) la possibilità di sottoporre la tecnica o l'ipotesi scientifica avanzata a verifica empirica, nonché a tentativi di falsificazione e confutazione; 2) la sottoposizione della teoria alla comunità scientifica di riferimento, la cosiddetta *peer review*; 3) la conoscenza e l'esplicitazione del tasso di errore, noto o potenziale; infine, solo in via sussidiaria, 4) l'esistenza di un consenso generale della comunità scientifica in relazione alla tecnica o alla teoria. Nel 2010 in Italia, ai criteri della validità scientifica, controllabilità e falsificabilità empirica, conoscenza e accettazione diffusa nella comunità scientifica indicati nel caso *Daubert*, la Cassazione, con la cosiddetta sentenza *Cozzini*, ha aggiunto quelli dell'affidabilità metodologica e dell'integrità delle intenzioni degli esperti. Per il giudice è di preminente rilievo l'identità del soggetto che gestisce la ricerca, la sua indipendenza e le finalità per le quali si muove. Inoltre la sentenza recita: gli esperti «[…]non dovranno essere chiamati a esprimere (solo) il loro personale seppur qualificato giudizio, quanto piuttosto a delineare lo scenario degli studi e a fornire gli elementi di giudizio che consentano al giudice di comprendere se, ponderate le diverse rappresentazioni scientifiche del problema, possa pervenirsi a una "metateoria" in grado di guidare in modo affidabile l'indagine»[832].

Osserva Taruffo che il ragionamento giustificativo è aperto anche all'uso di nozioni di

[830] *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* 1993, 509 U.S. 579, 589.
[831] *Frye v. United States*, 293 F.1013; D.C. Cir.1923.
[832] Cass. Pen., sez. IV, 17 settembre 2010, Cozzini e altri, Pres. Marzano, Rel. Blaiotta.

senso comune, vale a dire "un insieme di cognizioni e di criteri di giudizio, di ragionamento e di interpretazione, che si presumono essere generalmente o prevalentemente condivisi in un dato ambiente sociale in un certo momento storico"[833]. Il giudice trae dal senso comune informazioni e matura convincimenti sebbene, come ciascuno, non sia in grado di stabilire che cosa appartenga o non appartenga al senso comune in un dato momento e luogo. "Molte di queste certezze sono anche condivise, nel senso che il soggetto le trae dal senso comune, dalla cultura media e dallo *stock of knowledge* di cui dispone il contesto sociale in cui si trova […] Inoltre, può accadere che si tratti di certezze fondate su convincimenti particolarmente profondi, solidi, fermamente radicati nella memoria o nei sentimenti dei soggetti, e che quindi queste certezze siano molto difficili da modificare o da eliminare. In questi casi, la pretesa di verità che sembra essere implicita nella certezza risulta particolarmente intensa" [834].

Queste certezze, questi convincimenti, queste conoscenze pregresse influenzano l'inquadramento delle informazioni e la ricostruzione dei fatti. Alla luce della teoria della *explanation-based decision making*[835], i giudici per decidere si impegnano in un processo attivo di comprensione costruttiva; danno cioè senso alle informazioni ricevute nel corso di un processo tentando di organizzarle in una rappresentazione coerente. La ricostruzione dei fatti che porta alla formulazione del giudizio segue, alla luce di questa teoria, una struttura narrativa. Da questo punto di vista, il processo può quindi essere concepito nei termini di un contesto dinamico in cui vengono presentate diverse narrazioni da parte dei vari soggetti che in questo contesto occupano differenti posizioni e svolgono diverse funzioni.

La plausibilità e la credibilità di queste narrazioni dipendono, in parte, dalla misura in cui esse corrispondono a criteri di *normalità* o di *familiarità* di quanto viene narrato rispetto al modo di pensare di chi legge la narrazione, ma non dall'eventualità che la narrazione sia o non sia veritiera. Tra i requisiti di una buona narrazione vi sono la sua corrispondenza a ciò

[833] M. Taruffo, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, p. 675.
[834] M. Taruffo, *Note sparse su certezza e coerenza della decisione giudiziale,* Criminalia 2018, Annuario di scienze penalistiche, ETS, n. 13/2019, 161-173 (p. 162).
[835] N. Pennington e R. Hastie, *Evidence evaluation in complex decision making*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, n. 51(2)/1986, pp. 242–258. N. Pennington e R. Hastie, *Explaining the Evidence: Tests of the Story Model for Juror Decision Making*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, n. 62(2)/1992, pp. 189-206. N. Pennington e R. Hastie, *Reasoning in explanation-based decision making*, in *Cognition*, n. 49(1–2)/1993, pp. 123-163.

che si considera normale o familiare da parte di colui che interpreta la narrazione. In sostanza, più la narrazione si avvicina a ciò che il senso comune immagina essere normale e familiare per fatti come quelli che vengono raccontati, più è probabile che il destinatario (il giudice, la giuria) la consideri credibile[836].

4. Il caso delle neuroscienze forensi.

Il termine "neuroscienza" inizia a essere impiegato negli anni Sessanta del XX secolo per definire un insieme di discipline che studiano vari aspetti del sistema nervoso cerebrale: la neurofisiologia, la farmacologia, la biochimica, la biologia molecolare, la biologia cellulare, le tecniche di neuroradiologia e la genetica. Analizzando la struttura e la funzionalità del cervello, le neuroscienze consentirebbero di individuare e comprendere i substrati neurali dei processi mentali e del comportamento umano. Le neuroscienze cognitive vengono distinte dalle neuroscienze comportamentali[837]. Le prime derivano dall'unione tra le neuroscienze e la psicologia cognitiva e costituiscono un approccio allo studio del sistema nervoso centrale sulla base di metodi propri della biologia cellulare, delle neuroscienze dei sistemi, della visualizzazione cerebrale in vivo, della psicologia cognitiva, della neurologia comportamentale e della scienza dei computer[838]. Si occupano dei meccanismi biologici sottesi ai processi cognitivi, con particolare attenzione ai substrati neurali dei processi mentali (percezione, decisione, memoria, emozione, linguaggio, apprendimento). Le seconde studiano, invece, alcuni aspetti della personalità come l'intelligenza, l'introversione e l'estroversione, il comportamento aggressivo e antisociale, l'orientamento sessuale, l'abuso di alcool o di droghe.

Le tecniche neuroscientifiche consistono in un insieme di strumenti e approcci che include metodiche di neuroimmagine (strutturale o funzionale), indagini sulla vulnerabilità genetica, test neuropsicologici volti a cogliere in modo oggettivo aspetti dell'attività cognitiva. Dalla diagnosi della presenza e della sede di un danno cerebrale, la pratica

[836] W. Twining, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Seconda edizione, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
[837] S. Codognotto e S. Agosta, *Neuroscienze e diritto*, in S. Pezzuolo e S. Ciappi (a cura di), *Psicologia Giuridica. Le teorie e la prassi*, Firenze, Hogrefe Editore, 2014.
[838] E. R. Kandel, J. H. Schwartz e T. M. Jessel, *Principi di neuroscienze*, Milano, Casa Editrice Ambrosiana, 2003.

neuropsicologica si è nel tempo indirizzata alla descrizione del quadro cognitivo residuo e delle possibilità di recupero. Grazie a strumenti di neuroimmagine, le neuroscienze permettono di cogliere le attività cerebrali nel loro svolgersi. Sono anche cambiati nel tempo gli obiettivi della ricerca: al tradizionale oggetto di studio della neuropsicologia - funzionamento del linguaggio, della memoria, dell'attenzione, delle funzioni esecutive, della cognizione spaziale - le neuroscienze hanno aggiunto l'indagine sia di temi fondanti il diritto penale, come il libero arbitrio, sia del comportamento criminale, del giudizio morale, della consapevolezza di sé, dell'attitudine al mentire, dell'empatia[839]. Questo ha avuto importanti ricadute sul piano dell'utilizzo dei dati neuropsicologici in ambito giudiziario. A fronte di una messa in discussione dell'attendibilità della scienza medico-psichiatrica, giudicata forse incapace di fornire risposte univoche alle domande poste dal diritto, lo sviluppo di saperi *nuovi*, come le neuroscienze cognitive, e il loro lento ma graduale affacciarsi sulla scena del processo penale hanno posto questioni urgenti sia alla dottrina sia alla prassi[840].

La possibilità di condurre indagini su temi di grande rilevanza per il contesto forense è da anni al centro di un dibattito che riguarda sia gli aspetti etico-giuridici sia quelli tecnico-scientifici[841.] Temi considerati di mera pertinenza filosofica, come il libero arbitrio, sono diventati da alcuni decenni oggetto dell'indagine neuropsicologica. Da un punto di vista etico-teorico, la discussione verte sul possibile impatto che le acquisizioni scientifiche potrebbero avere sulla fisionomia di alcune categorie giuridiche sostanziali e sul processo penale stesso. Sebbene sia riconosciuto che gli studi di neuroscienze sul libero arbitrio[842] siano limitati a quella che viene definita come l'azione volontaria prossimale al movimento,

---

[839] A. Stracciari, A. Bianchi e G. Sartori, *Neuropsicologia forense*, Bologna, Il Mulino, 2010.

[840] A. Corda *Neuroscienze forensi e giustizia penale tra diritto e prova (Disorientamenti giurisprudenziali e questioni aperte)*, in *Archivio Penale*, n. 3/2014, pp. 1-41.

[841] L'articolo bersaglio di Sartori e Zangrossi (2016) pubblicato nel "*Giornale Italiano di Psicologia*" (n. 4/2016) presenta una rassegna sullo stato dell'arte e sulle potenzialità del rapporto tra neuroscienze e diritto. Sebbene la sterminata letteratura multidisciplinare su questo tema sia ormai sempre più difficilmente dominabile, i commenti all'articolo pubblicati nello stesso numero della rivista permettono di cogliere i termini del dibattito e le prese di posizione, sia in ambito giuridico sia in quello del mondo scientifico, sull'idoneità delle discipline neuroscientifiche a influenzare genesi e applicazioni delle norme giuridiche.

[842] Sulla possibilità di una messa in discussione dell'idea e della definizione di libero arbitrio sulla base dei risultati prodotti dalle ricerche di neuroscienze cognitive negli ultimi trentacinque anni, si veda tra l'altro l'articolo di Umiltà "Forse è meglio attendere prima di cambiare la definizione di libero arbitrio", *Giornale Italiano di Psicologia*, n. 4/2016, 795-797. Visto che i 40.000 articoli nel campo delle neuroscienze cognitive pubblicati fino al 2016 riportano dati di ricerche condotte con le neuroimmagini per i quali la probabilità di un falso risultato positivo raggiungono il 70%, contro la soglia considerata accettabile del 5%, i neuroscienziati, afferma Umiltà, dovrebbero essere molto cauti prima di proporre una legislazione sulla base di questi risultati poco decisivi.

riguardando pertanto quei comportamenti ai quali si riferisce la nozione giuridica di *delitti d'impeto*, le implicazioni degli studi di neuroscienza cognitiva dell'azione continuano ad essere al centro del dibattito su libero arbitrio e determinismo e dunque sulle nozioni di imputabilità, responsabilità, colpa, retribuzione.

A tale riguardo, si sostiene che le ricadute delle neuroscienze sul sistema del diritto potrebbero avere una portata variabile a seconda che prevalga un programma "forte" e "rifondativo" oppure un programma "debole" o "moderato"[843]. Nel primo caso, si sposerebbe la tesi deterministica secondo la quale le condotte umane sarebbero completamente predeterminate e che, dunque, gli individui sarebbero del tutto privi di libero arbitrio. In questo caso, in un mondo governato da un principio causale-deterministico, non sarebbe scientificamente sostenibile il giudizio di responsabilità fondato sulla colpevolezza per il fatto concreto, questo andrebbe quindi accantonato e la pena sostituita con misure di sicurezza. Nel programma "debole" invece, l'indagine neuroscientifica dovrebbe limitarsi alla soluzione di problemi concreti e circoscritti, connessi all'accertamento dell'esistenza e della natura di stati mentali che potrebbero incidere sull'applicazione degli istituti vigenti del diritto.

Per quanto riguarda gli aspetti tecnico-scientifici, la locuzione "neuroscienze forensi"[844.] identifica in senso ampio l'ambito di studio che si occupa delle problematiche relative all'idoneità delle teorie e delle metodologie neuroscientifiche a costituire una valida prova scientifica all'interno del processo e, in senso stretto, le tecniche neuroscientifiche che potrebbero essere impiegate nelle aule di giustizia. Si tratta: a) di quelle in cui l'individuo rileva come *fonte di prova reale*: in questo senso, gli accertamenti effettuati dalle neuroscienze sono assimilabili a tutti gli altri accertamenti relativi alla fisicità dell'individuo; b) di quelle in cui l'individuo rileva come *fonte di prova dichiarativa*: in questo caso, le neuroscienze rappresentano uno strumento di *validazione* dell'attendibilità di una qualunque prova dichiarativa.

Numerose sono le questioni aperte circa l'impiego delle neuroscienze in ambito forense. Tra queste, il peso da attribuire alle risultanze derivanti da prove scientifiche *oggettive*, l'effetto prodotto dai dati neuroscientifici sul processo decisionale e la verifica della qualità

[843] C. Grandi *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, Torino G. Giappichelli Editore, 2016.

[844] A. Corda, *Neuroscienze forensi e giustizia penale tra diritto e prova (Disorientamenti giurisprudenziali e questioni aperte)*, in *Archivio Penale*, cit.

della singola tecnica neuroscientifica alla luce dei criteri di scientificità espressi dalla sentenza *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc*., come recepiti dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione.

a. L'illusione della prova scientifica.

Da una fase caratterizzata dalla polarizzazione delle posizioni - un entusiasmo acritico da un lato, e una diffidenza radicale e un aprioristico rifiuto dall'altro - si è entrati in una fase nella quale temi in passato oggetto di aspre controversie sono affrontati in modo critico e scevro di pregiudizi da scienziati, giuristi, ma anche filosofi ed epistemologi. Restano tuttavia evidenti le differenze di vedute, in particolare per quanto riguarda la rivendicazione dei dati neuroscientifici quali fonte di prova scientifica nel processo.

Per alcuni[845] le neuroscienze hanno fornito una risposta alla necessità di catturare in modo oggettivo aspetti specifici dell'attività cognitiva, aumentando il tasso di oggettività rispetto al tradizionale approccio psichiatrico-forense e riducendo quegli eccessivi margini di discrezionalità quando a essere impiegato è esclusivamente il metodo clinico. Questo metodo non sarebbe sostituito ma piuttosto arricchito dall'avvento delle neuroscienze, che possono aumentare l'oggettività, l'obiettività e l'accuratezza della tradizionale valutazione clinica.

Altri invece, in riferimento a questa posizione, parlano di un "mito della misura oggettiva"[846] e di "illusione della prova scientifica"[847], quasi che "il risultato ottenuto con gli strumenti e i metodi delle discipline scientifiche sia per definizione risolutivo e dirimente" e il giudice dovesse abdicare alla sua funzione interpretativa e valutativa in presenza di evidenze fornite dalla scienza. Le neuroscienze non producono prove, ma informazioni e indizi che possono essere utilizzati solo nell'ambito del lavoro tecnico e peritale, per almeno tre motivi: 1. ciò che le tecniche permettono di rilevare si riferisce sempre alle condizioni attuali della persona, e i dati ottenuti sono il risultato di un'analisi

[845] G. Sartori e A. Zangrossi, *Neuroscienze forensi*, in *Giornale Italiano di Psicologia*, n. 4/2016, pp. 689-711.
[846] R. Manzotti e P. Moderato, *Neuroscienze e psicologia: Valutazioni e paradigmi*, in *Spazio Filosofico*, n. 1/2015, pp. 55-71.
[847] R. Cubelli, *Neuroscienze e processo penale: l'illusione della prova scientifica*, in *Giornale Italiano di Psicologia*, n. 4/2016, pp. 713-717.

del comportamento e del cervello di un imputato nel presente e non nel momento nel quale è stato commesso un reato: dunque non permettono di ricostruire l'esatta dinamica di un evento nel passato; 2. il risultato di una singola osservazione può essere classificato sulla base di valori normativi di riferimento ma poiché esso è espressione di molteplici funzioni e operazioni mentali non può essere usato a scopo diagnostico; 3. La risposta in un test standardizzato o in una prova sperimentale non può essere considerata isolatamente, al di fuori di un più generale contesto di valutazione, ma solo all'interno di un processo diagnostico-clinico, non limitato ai soli dati neuroscientifici. Ad esempio, il maggior rischio di mettere in atto comportamenti violenti in presenza di disfunzioni dei circuito fronto - limbici o di compromissione delle aree prefrontali[848] non autorizza a considerare tali alterazioni neurofunzionali e neurostrutturali come cause di un atto criminoso perché non esistono prove di una compromissione diretta dei processi psicologici alla base della capacità di regolare il comportamento, e dunque dell'imputabilità e della responsabilità in presenza di tali alterazioni. La maggiore vulnerabilità alle manifestazioni violente può essere compresa solo attraverso una valutazione contestualizzata alla realtà sociale e culturale dell'individuo.

Anche sulla possibilità che le neuroscienze costituiscano uno strumento di *validazione* dell'attendibilità di una prova dichiarativa – ad esempio, attraverso l'applicazione di tecniche di *memory detection*[849] - sono state avanzate critiche e segnalate limitazioni sia sul piano etico-giuridico sia sul piano tecnico.

In una prospettiva più strettamente tecnica, sono stati segnalati numerosi ostacoli all'introduzione delle risultanze neuroscientifiche nel processo penale: la possibilità di attivazione di strategie di aggiramento da parte dell'individuo sottoposto ad esame; il fatto che alcune tecniche di indagine siano nate per rilevare differenze tra gruppi e non caratteristiche individuali[850] l'assenza di dati normativi adeguati per evidenze di

[848] A. Caspi, J. Mc Clay, T. E. Moffitt, J. Mill, J. Martin, I. W. Craig, A. Taylor e R. Poulton, *Role of genotype in the cycle of violence in maltreated children*, in *Science*, n. 297/2002, pp. 851-854.

[849] *Concealed Information Test*, R.J.C. Huntjens, B. Verschuere e R.J. Mc Nally, *Inter-Identity Autobiographical Amnesia in Patients with Dissociative Identity Disorder*, in *PloS One*, n. 7 (7)/2012, e40580.

[850] È il caso dell'*I.A.T.*, sviluppato da Greenwald e colleghi (1998) per studiare gli atteggiamenti e le opinioni spontanee delle persone, misurando la forza dei legami associativi tra concetti rappresentati in memoria (per esempio, donne–discipline umanistiche) o tra un concetto ed una valutazione generale (per esempio, nordafricani–negativo). Lo *I.A.T.* può far comprendere se una persona si caratterizza per atteggiamenti egalitari o discriminatori verso un gruppo sociale stigmatizzato (pregiudizio implicito). Questo strumento è stato adattato per essere applicato in ambito giudiziario all'analisi di un singolo ricordo autobiografico

neuroimmagine, per il costo elevato che la loro rilevazione comporta; il fatto che l'indagine neuropsicologica viene condotta in condizioni che non rispecchiano quelle nelle quali potrebbe essersi verificato il reato.

Più in generale, è stato ricordato che la scienza - modelli teorici ed evidenze empiriche – ha una natura descrittiva ed esplicativa, non prescrittiva. Per esempio, è dimostrato che bambini e anziani siano più suggestionabili quando esposti a informazioni fuorvianti, e che tendano a produrre falsi ricordi. Ciò non deve però portare automaticamente ad un giudizio di inattendibilità della loro testimonianza, ad escludere a priori che essa possa essere accurata[851].

b. Neuromania e dettagli seduttivi.

L'utilizzo delle tecniche di indagine e dei paradigmi delle neuroscienze ha avuto una grande diffusione nei diversi domini delle discipline "tradizionali"[852]. Lo straordinario contributo offerto dalle neuroscienze alla comprensione delle basi neurali delle funzioni mentali sottese ai comportamenti e alla cognizione è anche dimostrato dall'apposizione del prefisso *neuro* all'economia, all'etica, alla politica, al diritto, e dalla proliferazione di nuove discipline come il neuromarketing, la neuroestetica, la neuroteologia, frutto del cortocircuito tra saperi antichi e scoperte recenti sul funzionamento del cervello[853]. L'entusiasmo epistemico provocato dalla rivoluzione neuroscientifica ha fatto sì che questa si sia riverberata su numerosi ambiti dell'esistenza compresi quelli da secoli socialmente codificati e stratificati, come il diritto[854].

Il grande successo mediatico di queste linee di ricerca e l'interesse con il quale sono state

(*autobiographical Implicit Association Test*, Sartori e colleghi, 2008). L'a–I.A.T. è una procedura che in base ai tempi di reazione verifica l'esistenza di una traccia di memoria, di un'informazione, in un individuo.

[851] R. Cubelli, *Neuroscienze e processo penale: l'illusione della prova scientifica*, in *Giornale Italiano di Psicologia*, cit.

[852] R. Rumiati, *Decisioni giudiziarie e neuroscienze seduttive*, in *Giornale Italiano di Psicologia*, n. 4/2016, pp. 777-781.

[853] P. Legrenzi e C. Umiltà, *Neuromania*, Bologna, Il Mulino, 2009. In questo volume, i due studiosi di psicologia e neuropsicologia discutono attorno ad alcuni luoghi comuni associati alla relazione mente-corpo, cervello-psiche, natura-cultura, mettendo in guardia dalle ricadute culturali di un uso distorto delle possibilità aperte dalle tecnologie di neuroimmagine.

[854] A. Lavazza, *Neuroscienze forensi: un problema di accoppiamento tra legge e soggetto agente*, in *Giornale Italiano di Psicologia*, n. 4/2016, pp. 755-760.

accolte dal grande pubblico si spiegano col fatto che, al contrario di altri settori meno suscettibili di essere influenzati dalla *vox populi*, nel caso della mente, ogni affermazione degli scienziati corrisponde in una conferma o in una disconferma di concezioni di senso comune, di convinzioni che ciascuno ha in proposito, di qualche pregiudizio radicato sul sé e sulla natura dell'essere umano. Il potere attrattivo delle neuroscienze risiede proprio nel fatto che le loro tecnologie innovative si applicano a un tema di grande interesse personale e sociale, come quello della mente. La sensibilità collettiva e mediatica determina il vantaggio, come nel caso della propaganda politica, di spiegazioni che non richiedono sforzi concettuali e che confermano pregiudizi diffusi. Metafore e slogan vestono con parole nuove idee vecchie, rendono familiare un fenomeno di cui sfugge la natura e promettono soluzioni in un futuro più o meno vicino, o quantomeno spiegazioni.

Per quanto riguarda la direzione in cui si sviluppano gli studi, il ritorno positivo che la comunità scientifica riceve dal grande pubblico può orientare linee di ricerca: un paradigma diviene maggioritario e su questo si concentrano impegno e risorse. Questo meccanismo si osserva in settori, come quello della mente, nei quali ci si trova davanti a un problema straordinario in senso kuhniano, un problema i cui confini e soluzioni non sono tracciabili sulla base delle ricerche passate[855].

È in questo contesto di successo mediatico e accademico, e di fiducia nei confronti delle promesse delle neuroscienze, che possono essere compresi i risultati di alcuni studi che hanno mostrato la grande capacità persuasiva della spettacolarità e dell'apparente semplicità di lettura e oggettività dei dati neuroscientifici[856], nonché l'effetto da questi prodotto sulle decisioni giudiziarie.

L'attrattività delle neuroscienze per gli operatori della giustizia viene spiegata con il desiderio di questi di poter disporre di strumenti che offrano dati più obiettivi e potenti rispetto a quelli delle tradizionali scienze sociali e comportamentali[857]. È però anche la plausibilità del familiare, la disponibilità di metafore e di scorciatoie per i processi decisionali, che potrebbero essere alla base dei *bias* di cui parla la letteratura, e non solo il mero fatto che la percezione della capacità personale di comprensione di un sistema

[855] R. Manzotti e P. Moderato *Neuroscienze e psicologia: Valutazioni e paradigmi*, in *SpazioFilosofico*, n. 1/2015, cit.
[856] G. Vallar e F. Basile, *Diritto penale e neuroscienze*, in *Giornale Italiano di Psicologia*, n. 4/2016, pp. 799-806.
[857] O. D. Jones, A. D. Wagner, D. L. Faigman e M. E. Raichle, *Neuroscientists in Court*, in *Nature Reviews Neuroscience*, n. 14(10)/2013, pp. 730-736.

complesso aumenta quando si è in grado di visualizzarne le diverse componenti[858]. Come in precedenza osservato, la credibilità di una narrazione dipende anche dalla misura in cui essa corrisponde a criteri di *normalità* e di *familiarità* di quanto viene narrato.

Esperti e non esperti, alla luce degli studi condotti, sembrano accomunati dal fatto di non essere al riparo dall'effetto prodotto dall'"effetto dei dettagli seduttivi"[859]. I giudizi sulle spiegazioni psicologiche, a parità di logica dell'argomentazione, variano a seconda che contengano o non contengano dati neuroscientifici, anche se non rilevanti. Ad esempio, la spiegazione del fenomeno indicato come *la maledizione della conoscenza* – chi conosce un fatto ritiene che molti altri ne siano a conoscenza – se accompagnata da informazioni neuroscientifiche, seppure irrilevanti ai fini della spiegazione del fenomeno, risulta più convincente rispetto a quando ciò non avviene[860].

Sull'influenzabilità dei giudici in particolare, quando posti al cospetto di dati neuroscientifici, sono stati condotti una serie di esperimenti[861]. Per esempio, quando ai partecipanti viene chiesto un giudizio circa la scientificità di studi descritti in riassunti di articoli, se corredati da immagini cerebrali questi studi ricevono una valutazione migliore rispetto a quando ne sono invece privi.

È riconosciuto da parte di chi guarda con favore al contributo delle conoscenze neuroscientifiche al diritto e al processo penale che, sebbene la presenza di una data patologia in un autore di reato sia un dato oggettivo incontestabile, l'assegnazione di un suo ruolo causale nella valutazione dell'imputabilità e della colpevolezza non riguarda le neuroscienze ma discende dai modelli cognitivi adottati per valutare e spiegare se questa patologia abbia comportato un venir meno della capacità di autodeterminazione[862]. Ciò nulla toglie all'importanza delle evidenze sugli effetti persuasivi dei dati neuroscientifici sui giudici o i giurati; queste evidenze richiamano infatti alla necessità di una considerazione di questi effetti sul processo decisionale che è alla base della formulazione della sentenza. È essenziale che il giudice rimanga rigoroso arbitro del metodo scientifico

---

[858] F. C. Kiel, *Explanation and understanding*, in *Annual Review of Psychology*, n. 57/2006, pp. 227-254.
[859] R. Rumiati, *Decisioni giudiziarie e neuroscienze seduttive*, in *Giornale Italiano di Psicologia*, cit., pp. 777-781.
[860] D. Fernandez-Duque, J. Evans, C. Christian e S. D. Hodges, *Superfluous neuroscience information makes explanations of psychological phenomena more appealing*, in *Journal of Cognitive Neuroscience*, n. 27(5)/2015, pp. 926-44.
[861] D. P. McCabe e A. D. Castel, *Seeing is believing: The effect of brain images on judgments of scientific reasoning*, in *Cognition*, n. 107/2008, pp. 343–352.
[862] G. Sartori e A. Zangrossi, *Neuroscienze forensi*, in *Giornale Italiano di Psicologia*, cit.

e del suo corretto utilizzo all'interno del processo penale e che non si lasci suggestionare dinanzi a nuove tecniche apparentemente in grado di offrire certezze.

c. L'ammissibilità della prova neuroscientifica.

Al pari di qualsiasi prova, anche l'ammissibilità di quella neuroscientifica deve essere verificata alla luce dei criteri di scientificità espressi dalla sentenza *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, come recepiti dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione; anche di fronte ad evidenze neuroscientifiche il giudice deve saper distinguere tra buona scienza e la cosiddetta *scienza spazzatura*.

L'analisi[863] condotta da Corda di quattro provvedimenti[864] della giurisprudenza di merito, dal 2009 al 2014, che hanno visto l'utilizzo di tecniche neuroscientifiche in relazione al giudizio di imputabilità, in tre casi, e per la validazione delle dichiarazioni rese dalla persona offesa in un altro, ha dimostrato come le sentenze considerate siano state piuttosto carenti da un punto di vista metodologico sotto più di un profilo, sia nei casi nei quali l'impiego delle neuroscienze ha permesso una mitigazione della pena inflitta, sia quando esso ha contribuito alla formulazione di giudizio di colpevolezza.

Uno dei profili considerati dall'autore è quello del potenziale conflitto di interessi tra produttori e portatori del sapere neuroscientifico all'interno del processo penale. Il rischio di conflitto di interessi e di violazione di doveri deontologici in relazione all'attività che periti e consulenti tecnici sono chiamati a svolgere nel processo penale in qualità di portatori di un sapere extragiuridico può assumere diverse forme: vi può essere il perito *per professione*; il consulente sistematicamente disposto a testimoniare in base alle esigenze della parte che lo ingaggia; l'esperto che si batte per una *causa scientifica* all'interno delle aule di giustizia o quello che conduce ricerche i cui esiti possono ragionevolmente considerarsi *distorti* in ragione dell'ente che tali ricerche finanzia. Una ipotesi peculiare di conflitto di interessi è quella in cui il *produttore* di un determinato metodo sia chiamato a

[863] A. Corda, *Neuroscienze forensi e giustizia penale tra diritto e prova (Disorientamenti giurisprudenziali e questioni aperte)*, in *Archivio Penale*, cit.

[864] Sentenza di Trieste (Ass. app. Trieste, 18 settembre 2009); sentenza di Como (Trib. Como, G.i.p., 20 maggio 2011); sentenza di Cremona (Trib. Cremona, G.i.p., 19 luglio 2011, n. 109); sentenza di Venezia (Trib. Venezia, G.i.p., 24 gennaio 2013, n. 296).

portarlo all'interno del processo penale. In simili situazioni, infatti, può configurarsi una situazione di "potenziale contrasto tra i doveri, sia giuridici sia deontologici, che si assumono all'atto della nomina come consulente tecnico di parte e ancor più come perito, e la tentazione di accreditare per via giudiziaria l'affidabilità e l'accuratezza di un determinato metodo ancora in fase di affermazione. Un simile rischio è quindi particolarmente alto nel caso di scienza "nuova", in cui la platea dei potenziali portatori di un sapere extragiuridico è limitata a quegli studiosi che hanno sviluppato un determinato metodo o tecnica". Significativo in tal senso è uno dei provvedimenti esaminati, quello della sentenza del Tribunale di Cremona. In questo caso, "il perito a cui viene affidato l'incarico è anche il "padre" della tecnica (l'*autobiographical I.A.T.*) che viene ad essere impiegata. Egli, allo scopo di dimostrare come la metodologia usata sia stata rispettosa dei «più stringenti criteri per definire la prova scientifica» (in particolare quello del tasso di accuratezza, indicato come corrispondente al 92 per cento), indica e cita come fonte articoli contenenti studi da egli stesso condotti, omettendo però al contempo di dar conto e menzionare l'esistenza di altri studi parimenti autorevoli, dai quali l'organo giudicante avrebbe potuto trarre l'informazione che l'attendibilità scientifica dei test utilizzati non è così pacifica. In un simile caso, l'indipendenza di giudizio dell'esperto che gestisce la ricerca e le finalità per le quali egli si muove – tra i fattori addizionali rispetto ai criteri *Daubert* espressamente elencati nella sentenza Cozzini – vengono a essere poste in seria discussione anche laddove tutti gli altri criteri siano soddisfatti, in un modo tale da pregiudicare la decisione sull'ammissibilità della prova"[865].

Le parole di Garapon, sebbene usate nel contesto di una riflessione sul ruolo dei media nel processo[866], sulla loro capacità di formazione dei racconti, di riattivazione di miti e di costruzione della realtà, su quella di interferire attivamente nell'inchiesta e di condizionare la decisione, appaiono rilevanti anche in relazione ai temi qui affrontati. Non esiste parità di armi nei media, afferma Garapon: conta chi offre la storia migliore, la messa in scena migliore, veicolando gli stereotipi più classici che il pubblico desidera. Anche il processo, così come avviene nei media, non sfugge a priori al rischio di costruire racconti immaginari. Tuttavia, rispetto ai media - nei quali la costruzione della realtà è implicita, e

[865] A. Corda, *Neuroscienze forensi e giustizia penale tra diritto e prova (Disorientamenti giurisprudenziali e questioni aperte)*, cit., pp. 38-39.
[866] A. Garapon, *I custodi dei diritti. Giustizia e democrazia*, Milano, Feltrinelli, 1997.

oscuro è il montaggio della comunicazione - il sistema della giustizia offre una garanzia: la capacità di riflettere su questa messa in racconto, di contestarla e di sostituirla con un'altra. Nel giudiziario, la procedura e il contraddittorio applicano un'etica della messa in racconto. A questa etica dovrebbero ispirarsi anche gli esperti, come richiamato dalla sentenza *Cozzini*. La presentazione non solo del loro personale giudizio, ma anche dello scenario degli studi, e la capacità e la volontà di fornire quegli elementi di giudizio che consentano al giudice di comprendere le diverse rappresentazioni scientifiche del problema sono espressione dell'adesione a questa etica.

Abstract: I progressi nell'ambito delle neuroscienze cognitive negli ultimi decenni hanno aperto la strada allo studio di temi prima considerati di pertinenza esclusivamente filosofica, tra i quali il libero arbitrio, e fatto sorgere interrogativi sia sulla possibilità di una rifondazione su basi neuroscientifiche del diritto penale sia sul contributo delle neuroscienze nel contesto forense. Questo contributo si articola in tre parti: nella prima è tracciata a grandi linee la storia delle relazioni tra psicologia e diritto; nella seconda si affronta il tema del ricorso alle conoscenze e ai metodi scientifici da parte del sistema della giustizia e nella terza vengono presentati alcune questioni al centro del dibattito sul rapporto, teorico e pratico, tra neuroscienze e giurisprudenza.

Abstract: The progress in the field of cognitive neuroscience in the last decades has opened the way to the study of issues previously considered to be of exclusive philosophical relevance, including free will, and raised questions both on the possibility of a re-foundation on neuroscientific grounds of criminal law and about the introduction of data from cognitive neurosciences in criminal trials.
After tracing the history of the relationships between psychology and law, the article deals with the theme of the use of scientific knowledge and methods by the justice system and presents some issues of the debate on the relationship, theoretical and practical, between neuroscience and jurisprudence.

Parole chiave: neuroscienze forensi – diritto – psicologia – cattiva scienza.

Key words: forensic neurosciences – law – psychology – junk scienze.

IL CONTRIBUTO DELLA PSICOLOGIA ALLA COGNIZIONE DEI GIUDICI*.

di Rosella Tomassoni e Eugenia Treglia**

La nostra riflessione prende avvio dal constatare che la decidibilità e la probabilità siano contesti di significato che caratterizzano fortemente sia l'area giuridica che quella psicologica. Il giudice deve prendere una decisione, poiché questa è la funzione assegnata al suo ruolo. Quello giudiziario, in particolare, è un ambito fortemente decisionale, con al centro un giudice, monocratico e collegiale, la cui funzione consiste nel formulare una serie di giudizi: accertare le responsabilità, decidere in merito all'imputabilità di un soggetto, stabilire se questi deve scontare la pena in carcere oppure no; se si tratta di un minorenne, decidere se utilizzare misure non custodiali; decidere se vi sono le condizioni di affidamento o di adozione; decidere per i bambini le eventuali forme di tutela; ecc. Si tratta insomma di prendere continuamente delle decisioni. Anche la psicologia, per certi versi, è chiamata a decidere, ma le sue decisioni non rinviano ad una norma preesistente cui ricondurre il caso concreto. Si tratta, piuttosto, di decisioni che confrontano la situazione rilevata con quella attesa, tenuto conto delle opportunità di intervento derivate dalla teoria di riferimento e applicate in funzione delle esigenze di cambiamento intese in senso contestuale. Decisioni elaborate con la consapevole assunzione di un rischio probabilistico, la cui efficacia, sia pure valutata secondo rigorosi criteri teorici e di metodo, deve potersi mettere alla prova rispetto all'utilizzo dell'intervento da parte delle realtà cui l'intervento stesso è rivolto. Declinando questa distinzione in contesti di decisione giudiziaria, il pensiero ed il linguaggio probabilistici delle scienze sociali si trovano spesso in contrasto con il pensiero ed il linguaggio certi e decisionali del diritto. Se il rapporto fra certezza e probabilità rappresenta spesso un oggetto di problematico incontro tra diritto e psicologia è, però, necessario tenere presente che, spesso, la difficoltà di utilizzo di punti

---

* *Sottoposto a referaggio*.

** Rosella Tomassoni è Professoressa ordinaria di Psicologia generale – Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale. Eugenia Treglia è Professore a contratto – Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

di osservazione e modalità interpretative diversi e, proprio per questo reciprocamente arricchenti, va ricondotta alla tendenza ad enfatizzare una pretesa reciproca incompatibilità fra i due settori. Riteniamo, in altre parole, che l'impedimento, quando presente, appartenga più agli atteggiamenti e alle aspettative di ruolo fra i rappresentanti delle due discipline, piuttosto che ad una incompatibilità applicativa, di tipo strutturale e sostanziale, dei diversi saperi, che anzi, a ben vedere, presentano molti punti di contatto.

In questa sede ci preme evidenziare il contributo apportato alle scienze giuridiche dall'applicazione dei recenti risultati della psicologia cognitiva sulla comprensione dei processi mentali messi in atto dal giudice durante le indagini preliminari, il dibattimento e la formulazione della sentenza. Sulla scorta di questi studi, il nostro contributo si propone di far luce sui processi cognitivi implicati nel ragionamento giudiziario e approfondire se e come le emozioni, i meccanismi mentali di carattere intuitivo o i pregiudizi possano influenzare la percezione stessa della realtà processuale, l'apprezzamento delle prove e la psicologia del giudizio. Consideriamo dunque il lavoro quotidiano dei giudici. Questi, nel decidere, devono far ricorso a svariate facoltà cognitive: percepire la realtà, attribuire un significato a ciò che viene detto loro; far uso della memoria, controllare le emozioni, ragionare. Ognuna di queste facoltà assume un ruolo fondamentale nel giudizio, eppure, perlopiù, la dimensione psicologica implicata nel processo decisionale rimane nascosta, per trasformarsi in un discorso esplicito che deve giustificare, secondo criteri giuridici, la scelta adottata. Il giudice arriva alla formulazione del giudizio mediante un ragionamento complesso, caratterizzato dalla percezione dei fatti, dalla giusta collocazione degli avvenimenti, da una loro analisi coordinata sino al lavoro finale della sintesi. Lungi dal trattarsi esclusivamente di un ragionamento sillogistico in stile deduttivo e quindi volto alla certezza, il ragionamento giudiziario si esplica attraverso una concatenazione di diversi stili di pensiero, rivolti dapprima alla generazione o ricezione di molteplici ipotesi alternative che possono spiegare o comprendere un dato evento significativo, poi al loro controllo e revisione alla luce di evidenze che, a prescindere dall'essere chiamate prove dirette, indirette o indizi, dal punto di vista logico sono sempre di natura indiziaria[867]. L'obiettivo

[867] Cfr. C. Santoriello, *I criteri di valutazione della prova (fra massime d'esperienza, regole di giudizio e standard d'esclusione)*, in A. Gaito (a cura di), *La prova penale*, vol.3, *La valutazione della prova*, Utet, Torino, 2008.

è l'individuazione dell'ipotesi preferibile[868], intendendo con essa, in ambito civilistico, l'ipotesi che più probabilmente, rispetto alle altre, rispecchia la realtà storica dei fatti e, in ambito penale, l'ipotesi che non solo ha maggior probabilità rispetto alle altre di rispecchiare la realtà storica, ma per la quale tale probabilità si avvicini alla certezza. Questo schema di ragionamento, che da lungo tempo affascina giuristi, avvocati e magistrati, prescinde dal fatto che i processi conoscitivi siano condotti in modo logico o illogico, dalle tendenze psicologiche in loro sussunte e dal fatto che, in un dato contesto storico e sociale, siano assolti da uno o più persone o agenzie. Piuttosto ne tratteggia gli elementi funzionali, indicando cosa è implicato, dal punto di vista cognitivo, nell'atto del giudicare. Ci teniamo, a questo punto, a sottolineare che, da un punto di vista strettamente logico, è superumano e tecnicamente impossibile raggiungere la certezza (o l'assenza di ragionevoli dubbi) prima di condannare chicchessia per qualsivoglia reato, a partire da premesse, asserzioni fattuali e massime di conoscenza delle quali, almeno alcune (non di rado tutte) sono possibili, forse probabili, ma non certe. La garanzia della certezza delle premesse esiste difatti solo in ambiti formali, astratti o assiomatici, non certo nella realtà percepita ed interpretata attraverso le quotidiane esperienze di uomini e donne.

Un dato fortemente problematico per il giurista è la dimostrazione, da parte della psicologia cognitiva e dell'economia comportamentale, della dipendenza dal contesto e dalle modalità di presentazione del problema delle preferenze e delle decisioni degli individui. Nel mondo della giustizia, come in qualsiasi altro ambito della realtà quotidiana, può avvenire dunque che i processi di ragionamento siano influenzati dalle diverse modalità di approccio al giudizio, da come il problema viene concettualizzato e rappresentato e da altre variabili di carattere psicologico. Gli studi ormai classici di Kahneman, Slovic e Tversky[869] hanno cioè fatto luce sui meccanismi che stanno alla base dei nostri ragionamenti e messo in discussione la teoria della scelta razionale documentando, come una notevole mole di dati, soprattutto le deviazioni sistematiche e prevedibili del pensiero umano dalle regole della teoria del ragionamento corretto (in particolare la logica e la teoria della probabilità).

[868] Cfr. E. Fassone, *Dalla "certezza" all'"ipotesi preferibile": un metodo per la valutazione*, in «*Rivista Italiana di Diritto e procedura penale*», n. 38/1995, pp. 1104-1131.
[869] Cfr. A. Tversky e D. Kahneman, *Judgments of and by representativeness*, in D. Kahneman, P. Slovic e A. Tversky, (a cura di), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge University Press, New York, 1982, pp. 84-98.

Secondo questi studi gli esseri umani sarebbero dunque "prevedibilmente irrazionali"[870]: posti di fronte a determinate condizioni (riproducibili in laboratorio), essi tendono sistematicamente a fare scelte che, secondo la logica formale e la teoria della probabilità, sono errate o subottimali. Ricondurre questo fenomeno al fatto che siamo umani e non superumani, come fa Johnson-Laird[871], costituisce un'utile e doverosa ammissione di umiltà, ma non una soluzione. Invece, riflettere sui più comuni modi che la mente ha di divergere dalla logica può forse contribuire, in circostanze fortunate, ove non manchino il tempo ed altre risorse, a esprimere giudizi giusti. Studi condotti da Guthrie, Rachlinski e Wistrich[872] hanno dimostrato che "anche i giudici sono umani": come gli altri soggetti sperimentali e la gente comune, anche loro infatti si affidano più o meno consciamente a euristiche e scorciatoie di ragionamento che possono portarli a trarre conclusioni sbagliate o prendere decisioni irrazionali. Secondo Tversky e Kahneman, questa "fallacia della congiunzione" si può spiegare facendo riferimento alla nozione di "rappresentatività". Secondo questa idea, quando una persona deve stabilire la probabilità di un certo scenario o evento tende a basarsi su una stima di quanto esso sia rappresentativo di una classe di eventi che appare naturalmente rilevante per il caso in questione. Questa "euristica della rappresentatività" è una strategia di ragionamento molto naturale, intuitiva e che richiede un minimo sforzo e può essere spesso molto utile. Tuttavia, può impedire alle persone di considerare e soppesare tutte le informazioni rilevanti e di ragionare correttamente sulle probabilità in gioco per arrivare a una conclusione ponderata e corretta. Questa deviazione dal giudizio razionale "potrebbe avere implicazioni di vasta portata", come notano Tversky e Kahneman[873] e non è difficile immaginare come la rappresentatività possa influenzare anche i ragionamenti e le scelte dei principali attori in ambito giuridico. Per esempio, dovendo valutare la probabilità che l'imputato di un processo sia effettivamente colpevole, giudici e giurati potrebbero (più o meno consciamente) osservare il suo comportamento e valutare quanto questo assomigli a quello di un "tipico imputato colpevole": nervoso, sudato, a disagio davanti al giudice, restio a incrociare lo sguardo e così via. Questo

[870] D. Ariely, *Prevedibilmente irrazionale: le forze nascoste che influenzano le nostre decisioni*, trad. it. a cura di C. Galli, Rizzoli, Milano, 2008.
[871] Cfr. P. N. Johnson-Laird, *How we reason*, Oxford U.P., Oxford, 2006.
[872] C. Guthrie, J. J. Rachlinski e A. J. Wistrich, *Blinking on the bench: how judges decide cases*, in «*Cornell law review*», n. 93(1)/2007, pp. 1–43.
[873] Cfr. A. Tversky e D. Kahneman, *Judgments of and by representativeness*, in D. Kahneman, P. Slovic e A. Tversky, (a cura di), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, cit., p. 97.

giudizio di rappresentatività potrebbe facilmente interferire e cancellare un più neutrale giudizio di probabilità, che dovrebbe invece basarsi sulla quantità e qualità delle informazioni a favore e contro l'ipotesi di colpevolezza, più che su impressioni estemporanee. Altre ricerche rilevano, inoltre, che quando le persone devono stimare una quantità ignota o valutare un bene, tendono a individuare un numero che possa servire come punto di riferimento, rispetto al quale "agganciare" la propria scelta. Tale valore iniziale o punto di partenza funziona come un'ancora e può influenzare in modo molto significativo le valutazioni finali dei soggetti. In particolare, potrebbe influenzare le stime di giudici e giurati, che sono chiamati a valutare per esempio l'entità di un risarcimento o la durata della detenzione di un imputato ritenuto colpevole. Dato l'effetto pervasivo delle ancore, soprattutto sulle decisioni prese in condizioni di alta incertezza e sulla base di informazioni scarse e magari contraddittorie, come spesso sono quelle in ambito legale, è lecito aspettarsi che anche i professionisti del diritto (come del resto, per esempio, i medici) non siano immuni dall'effetto ancoraggio. Alcuni studi infatti dimostrano come, in casi realistici, per l'effetto dell'euristica dell'ancoraggio, anche una richiesta insensata o chiaramente inadeguata da parte della difesa (o dell'accusa) può influenzare in maniera significativa le decisioni di giudici esperti. Come abbiamo già asserito, ragionare sulla probabilità relativa di eventi o scenari alternativi è un compito che tende a indurre in errore sia persone comuni sia professionisti come i giudici. La stessa cosa accade quando le informazioni rilevanti ai fini della decisione sono esse stesse di natura probabilistica. È stato documentato sperimentalmente che le persone sottostimano sistematicamente la probabilità iniziale degli eventi, dimenticando di utilizzarla per aggiornare le proprie stime in presenza di nuova informazione. Questo comportamento viene appunto chiamato "fallacia del tasso di base" ed è attribuibile all'euristica della rappresentatività su descritta. Le implicazioni di questi risultati per il ragionamento giudiziario e in generale giuridico sono piuttosto chiare. Giudici, giurati e investigatori devono quotidianamente valutare le probabilità relative di diversi eventi sulla base di indizi, testimonianze, referti e informazioni ambigue, in condizioni di alta incertezza e di scarsità di tempo e risorse (anche cognitive). Come abbiamo già notato, queste sono le condizioni ideali che favoriscono uno stile di pensiero "veloce", intuitivo e basato su euristiche, a scapito del pensiero "lento" e deliberativo.

Dall'insieme dei risultati delle ricerche di psicologia cognitiva fin qui discussi, emerge un'immagine dei giudici piuttosto lontana da quella ideale che il pubblico si aspetta e anzi

pretende: cioè quella di giudici equanimi, imparziali, pazienti, saggi, efficienti e intelligenti. I giudici, infatti, sembrano affidarsi pesantemente al ragionamento intuitivo per valutare le controversie legali, usano sistematicamente delle semplici scorciatoie mentali come guida per ragionare sui materiali legali e per questo motivo, pur impiegando occasionalmente forme di ragionamento più deliberative, rimangono esposti a errori di giudizio. Un altro aspetto che riteniamo utile sottolineare riguarda il fatto che oltre ad errori, distorsioni e fallimenti della razionalità di tipo cognitivo, vi sono altre fonti di errore nel ragionamento giudiziale che attengono alla sfera emotiva. Le emozioni immediate, cioè quelle che si provano al momento della decisione, influenzano infatti i processi cognitivi a diversi livelli[874] e l'influenza delle emozioni sul comportamento di scelta dipende dal processo cognitivo su cui l'emozione stessa ha agito. Gli individui in uno stato d'animo positivo tendono a sovrastimare gli esiti positivi di un evento e ad adottare un comportamento più rischioso rispetto a coloro che sono in uno stato d'animo negativo[875]. Inoltre uno stato d'animo positivo facilita il ricordo di eventi positivi, mentre uno stato d'animo negativo facilita il ricordo di eventi negativi[876]. In generale, uno stato d'animo positivo induce un'elaborazione delle informazioni basata su euristiche, mentre uno stato d'animo negativo induce una modalità di pensiero analitica ed approfondita. Alcuni studiosi[877] hanno dimostrato che quando gli individui sono di umore negativo, il processo di decisione diventa più lungo e si caratterizza per una maggiore attenzione a ogni singolo attributo. In uno stato affettivo positivo, al contrario, l'individuo tende ad affrontare il problema decisionale con maggiore superficialità, ricorrendo a strategie di valutazione molto meno sistematiche ed analitiche. Come sostenuto da Damasio[878], Slovic e colleghi[879] e Lang[880] le emozioni esperite in precedenza vengono immagazzinate in memoria dove

[874] Cfr. B. A. Mellers, A. Schwart e I. Ritov, Emotion-based choice, in «*Journal of Experimental psychology: General*», n. 128/1999, pp. 332-345.
[875] Cfr. T. E. Nygren, A. N. Isen, P. J. Taylor e J. Dulin, *The influence of positive affect on the decision rule in risk situations. Focus on outcome (and especially avoidance of loss) rather than probability*, in «*Organizational Behavior and Human Decision Processes*», n. 66/1996, pp. 59-72.
[876] Cfr. G. H. Bower, Mood and memory, in «*American Psychologist*», n. 36/1981, pp. 129-148.
[877] Cfr. M. F. Luce, J. R. Bettman e J. W. Payne, *Choice processing in emotionally difficult decision*, in «*Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*», n. 23/1997, pp. 384-405.
[878] Cfr. A. R. Damasio, *L'errore di Cartesio. Emozione, ragione e cervello umano*, Adelphi, Milano, 1994.
[879] Cfr. P. Slovic, M. Finucane, E. Peters e D.G. Mac-Gregor, *The affect heuristic*, in T. Gilovich, D. Griffin e D. Kahneman, (a cura di), *Heuristic and biase*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 397-420.
[880] P. G. Lang, *The emotion probe: studies of motivation and attention*, in «*American Psychologist*», n. 50/1995, pp. 372-385.

fungono da indici per valutare situazioni future. Attraverso un atto di immaginazione viene attivato lo schema emozionale specifico che comprende le proposizioni stimolo e risposta che maggiormente combaciano con la situazione corrente, portando ad un adeguato programma efferente di comportamento. In altre parole, immaginare una possibile conseguenza futura richiama alla memoria una particolare sensazione affettiva o emozione (precedentemente esperita in situazioni simili) e, in base alla valenza dell'emozione recuperata, il decisore sceglie il corso d'azione più adatto. Quando i problemi decisionali sono complessi gli individui utilizzano delle euristiche affettive[881]. Se il problema è complesso, la preferenza tende ad essere costruita sul momento. Per tale ragione, la preferenza è precaria e suscettibile di variazioni, in particolar modo per effetto delle modalità di presentazione delle informazioni. È in questo processo di costruzione di valori e preferenze che la dimensione affettiva può assumere particolarmente importanza. Potremmo anche definire il concetto di *affect* come una sensazione – una blanda emozione positiva o negativa – legata all'attributo da valutare e che dà senso all'attributo stesso. Riteniamo che sia questa attribuzione di senso a permettere all'individuo di decidere quale alternativa scegliere e quale comportamento adottare: se lo stimolo elicita un'emozione negativa, la persona adotterà un comportamento atto a diminuire quell'emozione; se l'emozione provocata è positiva la persona tenderà ad agire in modo da mantenere inalterato quello stato di cose.

Per concludere, col presente contributo, abbiamo tentato, senza alcuna pretesa di esaustività, di fare luce su un campo di ricerca in grande sviluppo, che coinvolge proficuamente, a vari livelli, sia gli studiosi di diritto, sia i professionisti in ambito legale, sia psicologi, economisti e filosofi interessati all'analisi della razionalità umana e dei processi decisionali. Storicamente, anche in considerazione della differente anzianità delle discipline, la psicologia si è collocata in una posizione di subordine rispetto al diritto e ciò forse anche a motivo del fatto che mentre il diritto si propone, almeno in linea di principio, di raggiungere le certezze, la psicologia maneggi per lo più con impressioni soggettive, probabilità, dubbi e sfumature. Le difficoltà di dialogo potrebbero attenuarsi se aumentasse da ambo le parti la consapevolezza che decidibilità e probabilità sono contesti di significato che caratterizzano fortemente sia l'area giuridica che quella psicologica. In

[881] P. Slovic, M. Finucane, E. Peters e D.G. Mac-Gregor, *The affect heuristic*, in T. Gilovich, D. Griffin e D. Kahneman, (a cura di), *Heuristic and biase*, cit.

particolare, crediamo che la consapevolezza dei limiti di obiettività del giudizio, nonché dei processi cognitivi ed emotivi che la sottendono, sia ormai essenziale per la formazione di giudici, pubblici ministeri, avvocati e altri professionisti, ai fini di migliorare la loro performance ed implementare anche strategie per far fronte ai diversi ostacoli, sia pratici che psicologici, insiti nel processo decisionale e alle difficoltà legate al sovraccarico di lavoro nonché alla carenza di informazioni (il giudice può basarsi solo sulle prove assunte durante l'istruttoria). Tutti problemi che accentuano la possibilità di creare un divario tra la "verità reale" e la "verità processuale". Percorsi formativi ad hoc potrebbero invece attivare dinamiche riflessive e metacognitive funzionali all'efficacia dei processi decisionali e all'ottimizzazione delle risorse cognitive ed emotive necessarie allo svolgimento del ruolo.

Abstract: Nel corso degli ultimi decenni, gli studiosi del ragionamento hanno accumulato un'impressionante mole di dati sul funzionamento del nostro cervello e sulle caratteristiche dei processi mentali che usiamo per ragionare e prendere di decisioni. Nel diritto, il contributo più rilevante di queste ricerche condotte nell'ambito delle scienze cognitive, si lega agli studi che hanno dimostrato le deviazioni sistematiche e prevedibili del pensiero umano dalle regole della teoria della scelta razionale, applicabili anche per comprendere le modalità di ragionamento dei giuristi. Scopo del presente contributo è, pertanto, quello di approfondire se e come le emozioni, i meccanismi mentali di carattere intuitivo o i pregiudizi possano influenzare la percezione stessa della realtà processuale, l'apprezzamento delle prove e la psicologia del giudizio.

Abstract: Over the past few decades, reasoning scholars have accumulated an impressive amount of data on the functioning of our brain and on the characteristics of the mental processes that we use to reason and make decisions. In law, the most relevant contribution of these researches carried out in the field of cognitive sciences, is linked to studies that have demonstrated the systematic and predictable deviations of human thought from the rules of the theory of rational choice, also applicable to understand the ways of reasoning of jurists. The purpose of this contribution is, therefore, to investigate whether and how emotions, intuitive mental mechanisms or prejudices can influence the perception of process reality itself, the appreciation of evidence and the psychology of judgment.

Parole chiave: fallacia del giudizio – processi cognitivi – processi decisionali – emozioni – diritto – psicologia.

Key words: fallacy of judgment – cognitive processes – decision-making processes – emotions – law – psychology.

LOGICA E RAZIONALITÀ NELLA RICOSTRUZIONE GIUDIZIALE DEI FATTI*.

di Roberto Poli**

Sommario. 1. Premessa. – 2. La logica e la razionalità nel discorso del giudice sui fatti. – 2.1. La logica come strumento di conoscenza del mondo. – 2.2. La logica come elemento strutturale del discorso del giudice nella ricostruzione dei fatti. – 2.3. La razionalità del discorso del giudice nella ricostruzione dei fatti. – 3. La logica nel giudizio di probabilità sulla verità degli enunciati fattuali. – 4. Conclusioni

1. Premessa.

Negli ultimi anni si assiste ad un rinnovato interesse per il giudizio di fatto, quale elemento essenziale per il conseguimento di una sentenza giusta[882] e, di conseguenza, per i limiti del suo controllo in sede di legittimità, anche in ragione dei suoi riflessi sull'attività nomofilattica della Corte[883].

In questa prospettiva si avverte l'esigenza che il discorso del giudice sia logico: vale a dire fondato e sviluppato sulla base di schemi di ragionamento certi nelle loro componenti strutturali. La logica che appare preferibile, in questa direzione ed in astratto, è la logica *dimostrativa*, che si correla alla logica *deduttiva* e, perciò, *sillogistica*. Solo questo tipo di logica, anzitutto, assicura conclusioni certe; secondariamente, evita il rischio di derive soggettivistiche e, da ultimo, consente un pieno ed adeguato controllo del discorso del giudice; controllo che riguarda le regole della logica, indipendentemente dagli elementi specifici e concreti del caso concreto, e quindi rientrante nell'ambito di un controllo di legittimità della decisione[884]. È all'interno di questo contesto che si può discorrere di funzione dimostrativa della prova.

---

* *Sottoposto a referaggio*.

** Professore ordinario di Diritto processuale civile – Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

882 V. per tutti M. Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la ricostruzione dei fatti*, Roma-Bari, Laterza, 2009, *passim*.

883 Cfr., in proposito, soprattutto gli scritti di B. Sassani, *La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 43 ss.; ID., *Riflessioni sulla motivazione della sentenza e sulla sua (in)controllabilità in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 849 ss.

884 Cfr. F. M. Iacoviello, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 31 ss.

Nella medesima prospettiva si parla, secondo una chiara impostazione metodologica, di concezione epistemologica del processo o, quanto meno, più frequentemente, di concezione razionale del giudizio, concezione razionale della prova, della decisione e della motivazione. Il giudice deve porre a fondamento della sua decisione la ricostruzione razionale dei fatti reali del mondo, basandosi sul modo di essere del mondo, e non deve decidere in base a considerazioni di natura soggettivistica, vale a dire in base alle sue personali convinzioni, condizionate dalle proprie singolari visioni del mondo o, peggio, dalle proprie intuizioni ed emozioni. Non rileva l'intima convinzione del giudice, formatasi sulla base di elementi soggettivi ed irrazionali (emozioni, intuizioni, vissuto e cultura personale); bensì rileva il suo convincimento razionale, fondato, oltre che naturalmente sugli elementi di prova, sulle oggettive leggi di organizzazione e funzionamento del mondo, per come ricostruite in base ad un approccio epistemologico alla realtà del mondo stesso ed alla realtà del singolo processo.

È poi necessario che il discorso del giudice sia compiutamente spiegato e giustificato, in modo che si possa perfettamente controllare se e quanto tale discorso si sia discostato da siffatti parametri, in modo da poter apportare gli opportuni correttivi, in sede d'impugnazione e non solo (si pensi alla funzione extraprocessuale della motivazione). Di qui anche l'affermarsi, sempre con maggiore intensità, del sapere scientifico e della prova scientifica in senso stretto all'interno del processo, in particolare penale[885].

Questo è il quadro auspicato ed auspicabile, ma la realtà è ben diversa. Infatti, anche la legge della scienza – oltre naturalmente a quella che si trae dal c.d. senso comune –, legge che va via via affermandosi nel processo, non può determinare e di fatto non determina risultati certi, bensì solo risultati dotati di un certo grado di probabilità[886]. Questa legge della scienza deve poi flettersi alla legge del processo, che a sua volta limita ulteriormente ed assai significativamente le potenzialità del discorso scientifico diretto alla ricerca della verità. Ai fini della conoscenza dei fatti, si devono invero fare i conti sia con i limiti gnoseologici del discorso scientifico, sia con i limiti strutturali del processo, che ostacolano la ricerca della verità e di risultati probatori certi (emergono infatti limitazioni in punto di

[885] Cfr. A. Amato, G. Flora e C. Valbonesi (a cura di)., *Scienza, diritto e processo penale nell'era del rischio*, Torino, Giappichelli Editore, 2019; di L. Lupària, L. Marafioti, G. Paolozzi (a cura di)., *Dimensione tecnologica e prova penale*, a cura, Torino, Giappichelli Editore, 2019; G. Canzio e L. Lupària 8° cura di)., *Prova scientifica e processo penale*, Padova, CEDAM, 2018.

[886] Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 18 ss.

qualità e quantità delle informazioni utilizzabili, nonché di verificabilità dei risultati ottenuti; oltre a schemi di determinazione dei fatti che possiamo tranquillamente definire antiepistemici)[887].

Il discorso scientifico deve poi tener conto delle peculiarità dell'accertamento processuale. Questo, infatti, ha ad oggetto fatti unici, contingenti, irripetibili, i cui contorni sono molto spesso ricostruiti in modo sfuocato: non siamo in laboratorio, dove le premesse di fatto (le informazioni di base) sono chiare, precise, ottimamente preparate e gli esperimenti riproducibili all'infinito, sì da poter individuare ed applicare leggi scientifiche in termini adeguatamente credibili. Anzi, il giudice, in moltissimi casi, deve elaborare massime d'esperienza *ad hoc* (ove tale sintagma non appaia un ossimoro), vale a dire calibrate sullo specifico, peculiare, unico ed irripetibile caso concreto[888].

D'altro canto, occorre altresì sempre tenere a mente che il giudice non è uno scienziato e non può verificare l'esattezza del discorso scientifico utilizzato nel processo[889]; e che vi è un ineliminabile *scarto semantico* tra (premesse e conclusioni del) discorso scientifico e discorso giuridico del giudice[890]. Infine, ma non per importanza, si deve altresì tener conto, come vedremo, che le scelte, per lo più di *valore probatorio*, e le decisioni anche in punto di fatto sono significativamente condizionate dalle *conoscenze di sfondo* di chi il giudizio compie, vale a dire, nel caso che a noi interessa, del giudice. Quindi? Premesso che in uno stato di diritto ed al fine di pervenire ad una decisione giusta il giudice *deve ragionare* (bene), e *deve rendere conto del suo ragionamento nella motivazione* della decisione, in che termini possiamo parlare di logica e razionalità nella ricostruzione giudiziale dei fatti? Vediamo tutto ciò con ordine e maggior dettaglio.

2. La logica e la razionalità nel discorso del giudice sui fatti.

Tra logica e discorso del giudice nel processo possono individuarsi una serie copiosa di

[887] Si pensi, ad es., alle preclusioni, anche per giudicato interno sulle questioni di fatto, e al principio di non contestazione di cui all'art. 115, primo comma, c.p.c.
[888] G. Carcaterra, *La logica nella scienza giuridica*, Torino, Giappichelli Editore, 2015, pp. 116-117; F. M. Iacoviello, *La Cassazione penale*, cit., pp. 327-328.
[889] R. Blaiotta e G. Carlizzi, *Libero convincimento, ragionevole dubbio e prova scientifica*, in AA.VV., *Prova scientifica e processo penale*, cit., p. 367 ss., spec. p. 439 ss.
[890] S. Haack, *Legalizzare l'epistemologia*, Milano, 2015, 14 ss.

relazioni[891]; tuttavia, qui interessa la logica del giudizio di fatto: di cosa si parla, pertanto, quando si nomina la logica del giudice nell'attività di ricostruzione dei fatti nel processo? Qual è l'apparato categoriale di cui dispone il giudice nel giudizio di fatto? La risposta, di primo acchito, è tutt'altro che semplice, ed è opportuno distinguere il discorso su tre livelli.

2.1. La logica come strumento di conoscenza del mondo.

Anzitutto, da un primo e più generale punto di vista, la *logica* rientra tra gli strumenti di conoscenza del mondo che si traggono dall'esperienza (in senso lato) dell'uomo. Di conseguenza, la *logica*, come tutti gli altri strumenti di conoscenza del mondo, aiuta il giudice nella sua attività di ricostruzione dei fatti della causa. Ora, come è noto, sussiste una serie sterminata di *logiche*, e lo stesso significato del termine *logica* (e del corrispondente aggettivo *logico*) è tutt'altro che univoco[892]. Poiché, in generale, per

[891] Una logica per la rappresentazione della conoscenza giuridica dovrebbe comprendere logiche modali, deontiche, epistemiche, temporali, dell'azione e ogni altra logica necessaria per affrontare i concetti del linguaggio comune (così G. Sartor, *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 297). Per una eccellente sintesi v. G. Carcaterra, *La logica nella scienza giuridica*, cit., *passim*.; v. altresì T. Mazzarese, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Torino, Giappichelli Editore, 1996, p. 17 ss.

[892] Si v., in proposito, la voce "*Logica*" nel *Vocabolario on line* e nella *Enciclopedia on line*, Treccani. V. anche la voce *Logica e processi cognitivi*, sempre nella *Enciclopedia on line* Treccani. M. Taruffo, *Verità e prova nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 1318, afferma che la "logica proposizionale fornisce anche al giudice gli strumenti e i modelli di inferenza che possono e debbono essere utilizzati in qualsiasi decisione che pretenda di essere razionalmente giustificata", e così anche in ID., *Note sparse su probabilità e logica della prova*, ivi, 2016, 1515; tuttavia l'indicazione appare fuorviante: *i*) sia perché la logica proposizionale, o degli enunciati, è una logica simbolica, formalizzata e di fruibilità piuttosto problematica – v. F. D'Agostini, *Le ali al pensiero: corso di logica elementare*, Roma, Carocci editore, 2015, p. 21 ss., p. 25 ss.; e lo stesso M. Taruffo, *Situazioni probatorie. Aspetti logici della decisione sui fatti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 500 ss. – mentre, a quanto mi consta, nessun giudice redige le motivazioni delle proprie sentenze attraverso i simboli della logica proposizionale; *ii*) sia perché la logica proposizionale studia la *validità* dei ragionamenti a prescindere dal *valore di verità* – secondo un'idea *aletica* di verità, nel senso inteso da M. Taruffo, *La semplice verità*, cit., p. 78 – degli enunciati di cui tali ragionamenti sono costituiti, mentre il giudice, quando valuta le prove secondo il suo prudente apprezzamento, deve anzitutto preoccuparsi, nei limiti in cui ciò sia possibile, del valore di verità degli enunciati che compongono il suo ragionamento sui fatti; *iii*) sia, infine e soprattutto, come risulterà più chiaramente nel corso di questo lavoro, perché la più importante e delicata attività del giudice, nell'ambito del ragionamento probatorio ed in particolare nella valutazione delle prove libere, non consiste in operazioni logico-formali, bensì in *attribuzioni di valore*, per le quali assai ridotto è il contributo che possono offrire gli strumenti della logica proposizionale (cfr. ad es., G. Carcaterra, *La logica*, cit., pp. 142-143: ebbene, in merito al giudizio sulla erroneità della scelta della massima d'esperienza non possono essere d'aiuto gli strumenti della logica proposizionale, perché tale giudizio dipende, in ultima analisi, dalle soggettive *conoscenze di sfondo* di chi esprime il giudizio, e dalle *scelte di valore* che quelle conoscenze determinano, come dovrebbe risultare chiaro da quanto sarà esposto nel presente saggio; si pensi, ad es., al riconoscere o meno validità scientifica e quindi utilizzabilità nel processo alla c.d. PAS: cfr., al riguardo, da ultimo, Cass. 16 maggio 2019, n. 13274). Di sicuro, non è con la

"logica" si intende la teoria o l'indagine relativa alle condizioni di validità dei procedimenti di inferenza di un giudizio da un altro, rispetto alla funzione di strumento per la conoscenza e la determinazione dei fatti nel processo, ora considerata, la logica nel discorso del giudice svolge un ruolo sicuramente più significativo ed importante quando si tratta di verificare la correttezza e la coerenza del suo ragionamento. Tuttavia, un ruolo, peraltro marginale, anche per la ricostruzione dei fatti viene svolto dalla logica formale matematica quando si tratti di effettuare determinati calcoli: così, ad es., può servire un calcolo matematico per determinare la quantità di cemento armato impiegato in una determinata costruzione; oppure per calcolare la velocità di un'autovettura coinvolta in una collisione; ovvero, per determinare una altezza, uno spazio, un peso o un tempo; diversamente, per calcolare un reddito, o un tributo dovuto; ovvero per determinare la quota della pensione liquidabile od una retribuzione; oppure l'esatto ammontare di una obbligazione pecuniaria liquida; o del danno biologico, nonché gli accessori dei danno stesso, quali interessi e rivalutazione monetaria; e così via. Si tratta però, come accennato, di ipotesi marginali nell'ambito dei ragionamenti del giudice finalizzati alla ricostruzione dei fatti[893].

2.2. La logica come elemento strutturale del discorso del giudice nella ricostruzione dei fatti.

Assai più rilevante è il ruolo della logica quando pensiamo alla struttura del discorso, del

logica proposizionale che si può garantire la qualificazione di probabilità in termini oggettivi, come sostenuto da Taruffo sin da *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, p. 240, nota 17. In ultima analisi, resta il fatto che "dimostrare teoremi in un sistema formale non è un'attività sintomatica della razionalità umana perché la nostra specie deve sopravvivere in un ambiente dove il limite alle nostre azioni in tempo reale non sta tanto nell'incapacità di cogliere tutte le conseguenze dell'informazione disponibile, quanto nell'incapacità di fronteggiarne incompletezza, ambiguità, vaghezza rispetto a una gamma di interessi, scopi, necessità, aspettative": M. Piazza, *Regole logiche e razionalità umana*, in *I modi della razionalità*, a cura di M. Dell'Utri e A. Rainone, Milano-Udine, Mimesis, 2016, pp. 13-14. Sui numerosi problemi relativi alla scelta, all'interpretazione e all'applicazione delle massime d'esperienza v., molto chiaramente e diffusamente, F. M. Iacoviello, *La Cassazione penale*, cit., p. 317 ss.

[893] Va segnalato, in proposito, che per Cass. 22 gennaio 2019, n. 1553, se il giudice applica un moltiplicatore errato nel calcolo della liquidazione del danno alla persona, commette un errore *di diritto*. Tale tipo di errore – secondo la Corte – rientra nella categoria degli errori di calcolo che assumono l'aspetto dell'errore di diritto, perché riconducibile all'impostazione delle operazioni matematiche necessarie per ottenere un determinato risultato, sostanziandosi in un *error in iudicando* nell'individuazione di parametri e criteri di conteggio (mentre, ove esso fosse consistito in un'erronea utilizzazione delle regole matematiche sulla base di presupposti numerici, in ordine delle operazioni da compiere con fattori numerici esattamente determinati, sarebbe stato emendabile con la procedura di correzione ex art. 287 c.p.c.). V. anche Cass. 22 novembre 2016, n. 23704.

ragionamento, dell'argomentazione del giudice. Sussistono diverse ragioni per cui si vorrebbe che il discorso del giudice – in punto di fatto, ma non meno in punto di diritto – fosse il più *logico* possibile: le esigenze di imparzialità, di ricostruzione oggettiva dei fatti e di controllabilità razionale dell'operato del giudice richiedono un discorso fondato e sviluppato sulla base di schemi di ragionamento certi nelle loro premesse, nella scelta della regola di associazione tra premesse e conclusione, nella determinazione del nesso di conseguenzialità e nelle relative conclusioni. Secondo questa impostazione, come ho già ricordato, la logica in astratto preferibile e richiesta è la logica *deduttiva*, in contrapposizione alla logica *induttiva*; logica deduttiva che si correla alla logica *dimostrativa*, opposta a quella *argomentativa*, e alla funzione *dimostrativa* della prova, cui si contrappone la funzione *argomentativa*. Solo il primo tipo di logica, *deduttiva-dimostrativa*, assicura conclusioni certe e non *opinative*, evita il rischio di derive soggettivistiche e, da ultimo, consente un pieno ed adeguato controllo del discorso del giudice[894].

In questa ottica, come è ben noto, ha avuto un grande successo la teoria del sillogismo giudiziale[895]. Si tratta però di un modello esplicativo che, in realtà, non riproduce il ragionamento del giudice per almeno quattro motivi, qui sintetizzati: *a*) la distinzione tra temi di fatto e temi di diritto non è così nettamente distinguibile all'interno della decisione giudiziale. Il giudizio di fatto è per vero regolato da norme giuridiche sull'ammissibilità, sull'assunzione, sulla valutazione e sull'efficacia delle prove. Inoltre, anche per la qualificazione della condotta in termini di *dolo* o *colpa*, del danno in termini di *ingiustizia*,

[894] Il tema è strettamente connesso a quello del ruolo della ricerca della verità nel processo, su cui di recente v., anche per tutti gli opportuni ulteriori riferimenti, E. Ancona, *La verità nel processo: quale corrispondenza? La prospettiva del dibattito italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 23 ss.; M. Gradi, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, Giappichelli Editore, 2018, p. 3 ss.; M. Taruffo, *Tre divagazioni intorno alla verità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 133 ss., anche a proposito della c.d. *postverità*; *Id.*, *Verità e prova nel processo*, cit., 1305 ss.; *Id.*, *Contro la "veriphobia". Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 995 ss.; ID., *La semplice verità*, cit., *passim*; F. Cavalla, *Retorica Processo Verità. Principì di filosofia forense*, Milano, Franco Angeli, 2007, p. 17 ss. e gli altri saggi ivi contenuti; B. CAVALLONE, *In difesa della "veriphobia" (Considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1 ss. Sul parzialmente diverso ma connesso problema dei rapporti tra giudizio di fatto e intelligenza artificiale v. ora J. Nieva Fenoll, *Intelligenza artificiale e processo*, Torino, Giappichelli Torino, 2019, p. 89 ss.

[895] Sul sillogismo giudiziale v., tra i molti, D. Canale e G. Tuzet, *La giustificazione della decisione giudiziale*, Torino, Giappichelli Editore, 2019, p. 1 ss.; F. Zanuso, *L'ordine oltre le norme. L'incauta illusione del normativismo giuridico*, in F. Zanuso e S. Fuselli (a cura di), *Il Lascito di Atena. Funzioni, strumenti ed esiti della controversia giuridica*, Milano, Franco Angeli, 2011, p. 39 ss.; S. Fuselli, *Verità ed opinione nel ragionamento giudiziale. A partire da un confronto con Aristotele e Hume*, in F. Cavalla, *Retorica Processo Verità*, cit., p. 255 ss.; T. Mazzarese, *Forme di razionalità*, cit., p. 27 ss.

nonché per l'accertamento del nesso di causalità, occorre rifarsi a parametri normativi[896].

b) L'attività decisoria del giudice è molto più complessa rispetto a quanto rappresentato dallo schema del sillogismo giudiziale. In particolare il giudizio di fatto, per quanto qui interessa, non si risolve nella posizione della premessa minore del richiamato sillogismo, ma può comporsi – e di norma si compone – di numerosissime decisioni in ordine alle altrettanto numerosissime questioni di fatto che si pongono all'interno di un processo (ad es., quelle relative alla condotta dannosa, quelle relative alla esistenza e all'ammontare del danno e quelle, di norma assai numerose e complesse, che si pongono ai fini dell'accertamento del nesso di causalità).

c) La vera, specifica e concreta attività decisoria, che si esprime nella decisione delle *questioni* di fatto controverse, è contenuta nella motivazione della sentenza, e non nel dispositivo, il quale si risolve nella risposta alla *domanda* giudiziale alla luce e quale conseguenza di tutte le decisioni di questioni contenute nella motivazione.

d) Come è stato da tempo osservato, la difficoltà del giudizio non risiede nel trarre le conclusioni dalle premesse, ma nel porre le premesse stesse[897]. Ma porre le premesse del ragionamento contenuto nella motivazione vuol dire risolvere, decidere le (come detto) numerosissime questioni di fatto che si possono presentare in un processo. E la decisione delle molteplici questioni di fatto si realizza ed esprime – a parte, come vedremo, anche per mezzo di vere e proprie *scelte di valore* – attraverso inferenze logiche essenzialmente di carattere induttivo, anche nella forma abduttiva, e solo eccezionalmente nella forma deduttiva; quasi mai, possiamo dire, nella forma deduttivo-dimostrativa[898]. Questo aspetto merita un approfondimento.

Occorre anzitutto chiarire cosa s'intende, oggi, per argomento e ragionamento *deduttivo*, da un lato, ed argomento e ragionamento *induttivo* dall'altro, nonché distinguere e precisare

---

[896] Cfr. F. M. Iacoviello, *La Cassazione penale*, cit., p. 56.

[897] G. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, CEDAM, 1964, p. 51. V. ora, per una condivisibile considerazione dell'opera di Calogero, F. Roselli, *Logica del giudice e controllo di legittimità*, in *Giust. civ.*, 2019, p. 230 ss.

[898] Per ulteriori ed incisive critiche alla teoria del sillogismo giudiziale, v. F. M. Iacoviello, cit., p. 31 ss.; F. Zanuso, *L'ordine oltre le norme*, cit., p. 39 ss.; C. Santoriello, *Il vizio di motivazione, tra esame di legittimità e giudizio di fatto*, Torino, UTET, 2008, p. 61 ss.; S. Fuselli, *Verità ed opinione*, cit., p. 255 ss.; T. Mazzarese, cit., p. 27 ss., tra le quali quella per cui "i problemi relativi alla formulazione delle premesse di un sillogismo giudiziale giustificano dubbi sulla stessa validità dello schema inferenziale che esso configura"; J. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1983, p. 38 ss.; G. Calogero, *La logica*, cit., 46 ss.; C. Punzi, *Giudizio di fatto e giudizio di diritto*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 85 ss.

i concetti di *dimostratività* e *deduttività*. Come è stato anche di recente ribadito da Gaetano Carcaterra, oggi il ragionamento deduttivo e induttivo si distinguono in ragione della diversa natura della relazione di connessione fra premesse e conclusione del ragionamento. Nell'argomentazione deduttiva il condizionale che connette premesse e conclusione, cioè il nesso di consequenzialità tra premesse e conclusione è *certo*, *necessario*: in questo caso, date certe premesse, possiamo dire *certamente dunque* la conclusione P. E si tratta di *certezza assoluta*, perché è determinata dalla logica da intendersi come scienza esatta. Nell'argomentazione induttiva, invece, il condizionale che connette premesse e conclusione, cioè il nesso di consequenzialità è più debole, è solo *probabile*: qui, date certe premesse, non possiamo dire *certamente dunque* la conclusione P; possiamo solo dire con minore forza *probabilmente dunque* la conclusione P[899].

Carcaterra ci ricorda poi che nella tradizione la distinzione tra argomenti deduttivi e argomenti induttivi poggiava su un altro criterio: si diceva che la deduzione procedeva dal generale al particolare, l'induzione viceversa dal particolare al generale. Questo criterio oggi è abbandonato. Il criterio corretto è la diversa natura del nesso di consequenzialità: assolutamente certo nella deduzione, più o meno probabile nella induzione[900].

Per quanto riguarda la distinzione tra *dimostratività* e *deduttività*, Carcaterra ci segnala che comunemente si pensa che se un argomento è deduttivo, allora, per tale motivo, è anche dimostrativo, come un teorema della geometria; ovvero, commettendo lo stesso genere di errore, si pensa che gli argomenti della scienza giuridica non sono dimostrativi e perciò non possono essere deduttivi. In realtà, i due concetti sono diversi, perché la dimostratività implica la deduttività, ma non viceversa. Se un argomento è dimostrativo esso è ovviamente deduttivo, visto che negli argomenti dimostrativi, come sono quelli delle scienze esatte, non solo le premesse sono certe, ma certo è anche il nesso di consequenzialità, cioè appunto

[899] In questi termini v. già M. Taruffo, *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.*, 1974, c. 90, nota 33; *Id.*, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., p. 212 ss.

[900] V. G. Carcaterra, *La logica*, cit., pp. 35-36, ove si aggiunge che il criterio tradizionale va bene in alcuni casi: p. es. calza nell'argomento deduttivo di Socrate, dove effettivamente si passa dalla premessa generale che tutti gli uomini sono mortali alla mortalità particolare di Socrate, e calza anche nell'argomento induttivo degli smeraldi, in cui al contrario dall'osservazione di casi particolari si conclude con una legge generale: "tutti gli smeraldi finora osservati sono verdi, probabilmente dunque tutti gli smeraldi sono verdi". Ma in molti casi il criterio non quadra. L'argomento "Santippe era moglie di Socrate, Socrate era un filosofo, (certamente) dunque Santippe era moglie di un filosofo" è deduttivo e tuttavia procede dal particolare al particolare. L'argomento "tutti gli smeraldi finora osservati sono verdi, (probabilmente) dunque anche il prossimo smeraldo che mi capiterà di vedere sarà verde" è induttivo eppure la premessa è generale e la conclusione è particolare. Invece il criterio della natura certa o solo probabile del nesso va bene sempre e copre anche questi due argomenti che il criterio tradizionale non riesce a spiegare.

è deduttivo. Ma se un argomento è deduttivo non è detto che sia dimostrativo, perché le premesse potrebbero non essere certe. E questo significa anche che un argomento può non essere dimostrativo, perché, come accade spesso, ha premesse più o meno incerte o persino false, e tuttavia rimane dotato di un nesso di consequenzialità deduttivo[901].

In sintesi: gli *argomenti dimostrativi*, che corrispondono a quelli che Aristotele chiamava *apodittici*, sono gli argomenti che sono dotati del massimo grado di valore sia nelle premesse sia nel nesso: le premesse sono tutte assolutamente certe, il nesso è assolutamente certo, ossia è deduttivo. Sono, per esempio, dimostrativi gli argomenti della matematica, che infatti prendono il nome di dimostrazioni. Gli argomenti *plausibili*, invece, definiti da Aristotele *dialettici*, hanno minore forza: o perché le premesse non sono assolutamente certe (sono solo relativamente certe o solo più o meno probabili), o perché il nesso è induttivo, o per entrambe le cose. A seconda del valore delle premesse e della forza del nesso, la plausibilità è graduabile: un argomento può essere molto plausibile, abbastanza plausibile, poco plausibile, implausibile, ecc.[902].

Carcaterra conclude osservando che gli argomenti dimostrativi o apodittici sono propri delle scienze esatte. In tutti gli altri campi della conoscenza dobbiamo contentarci della *plausibilità*, sia pure di una buona plausibilità. Poiché la scienza del diritto non è una scienza esatta, le sue argomentazioni sono ben lontane dalla dimostratività[903].

In effetti, se consideriamo il ragionamento del giudice nella ricostruzione dei fatti rilevanti nel processo, dobbiamo riconoscere che, nella quasi totalità dei casi, gli argomenti del giudice rientrano nella categoria di quelli solo *plausibili*[904]. E ciò per i seguenti motivi, qui sintetizzati: *i*) anzitutto, il giudice, a parte l'ineludibile attività soggettiva di *percezione* dei dati grezzi, bruti del mondo esterno, apprezza ed *interpreta* soggettivamente i dati stessi, con funzione potenzialmente probatoria, ed assegna ai medesimi il loro *significato*, convertendoli in premesse, in enunciati probatori, in proposizioni probatorie[905];

[901] V. G. Carcaterra, *op. cit.*, pp. 37-38, ove si riporta il seguente esempio: "gli imputati che si contraddicono sono colpevoli, l'imputato X si è contraddetto, dunque è colpevole", che è un argomento lontano dall'essere dimostrativo come un teorema di geometria, e tuttavia è perfettamente deduttivo.

[902] Così V. G. Carcaterra, *op. cit.*, p. 37; v. altresì, molto chiaramente, F. M. Iacoviello, cit., p. 50 ss., testo e note nn. 26-30.

[903] V. G. Carcaterra, cit., p. 38.

[904] Tra i molti, v. ora F. Roselli, *Logica del giudice e controllo di legittimità*, cit., p. 231.

[905] L. Lombardo, *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 103, nota n. 2, ricorda che sebbene il termine *enunciato* sia spesso usato come sinonimo di *proposizione*, quando si distingue tra enunciato e proposizione si considera quest'ultima il *designato dell'enunciato*, cioè il significato che assume l'enunciato, ciò in relazione al quale va stabilito il valore di

successivamente, il giudice apprezza tali enunciati probatori ed assegna, sempre in una prospettiva ineludibilmente soggettiva, il *valore probatorio* che ritiene spettare ai medesimi, ai fini della formazione del proprio convincimento sui fatti rilevanti del giudizio; *ii*) per altro verso, il giudice può utilizzare e di fatto utilizza, anche qui nella quasi totalità dei casi, un nesso di consequenzialità di natura *induttiva*, e non di natura deduttiva, perché le regole di cui può avvalersi per connettere le premesse probatorie alla conclusione probatoria hanno natura solo più o meno *probabilistica*, e non assolutamente certa[906]. Inoltre, e questo è un aspetto importante, il carattere di solo più o meno plausibilità/probabilità delle argomentazioni del giudice deriva altresì dalla *opinabilità* della scelta della legge di connessione tra premesse e conclusione. Con maggior dettaglio, la determinazione dell'attendibilità delle fonti di prova, l'assegnazione di valore probatorio ai dati con funzione probatoria, la scelta della regola di connessione tra premesse e conclusione probatoria, come la determinazione della forza del nesso di consequenzialità – in breve: il grado di plausibilità degli argomenti – derivano e dipendono infatti da *scelte soggettive di valore del giudice*, anche se questi, come vedremo, esprime soggettivamente il suo modo di intendere il mondo reale: vale a dire, come il mondo effettivamente è, ma secondo il punto di vista soggettivo del giudice[907]. In conclusione, le premesse del ragionamento del giudice non sono mai assolutamente certe – salvo i casi eccezionali in cui usa la matematica o un'altra scienza esatta -, ragion per cui la sua logica è essenzialmente una logica *induttiva* e *argomentativa*, non deduttiva (salvo casi particolari)[908] e tanto meno dimostrativa (se non in casi davvero eccezionali); e i suoi argomenti sono sempre solo più o meno *plausibili*/*probabili*; praticamente mai, salvo casi eccezionali, assolutamente certi[909].

verità dell'enunciato stesso. Si può anche dire che mentre l'enunciato indica la *forma* del discorso, la proposizione indica il suo *significato*, sicché a enunciati diversi possono corrispondere identiche proposizioni.

[906] Di recente, v. F. M. Iacoviello, cit., p. 50 ss.

[907] F. M. Iacoviello, cit., p. 63: "perché per un giudice sono *gravi indizi* quelli che per un altro sono *sufficienti indizi* e così via".

[908] D. Canale e G. Tuzet, *La giustificazione*, cit., p. 55, ricordano che, quando è possibile, il giudice ricorre a delle deduzioni, tipicamente nella forma del *modus tollens*, al fine di criticare un'ipotesi alternativa a quella accolta nella sua sentenza. Su questo aspetto v. pure L. Lombardo, *La prova giudiziale*, cit., p. 81, nota n. 93.

[909] Cfr. F. M. Iacoviello, *cit.*, p. 46 ss.; L. Lombardo, *cit.*, p. 110 ss., p. 118. In M. Taruffo, *Verità e prova nel processo*, cit., p. 1316, l'Autore, oltre a discorrere, secondo la sua nota impostazione, non condivisibile per le ragioni indicate nel testo, di "prova come *dimostrazione* di un enunciato fattuale" (corsivo mio), sottolinea come la prova abbia "una funzione essenzialmente epistemica": ebbene, è qui appena il caso di rilevare che la pur riconoscibile funzione epistemica della prova non conduce a predicare la funzione dimostrativa della prova stessa, tenuto conto del fatto che il giudice, partendo dalle premesse probatorie ricostruite grazie ai

Nell'ambito dei suoi ragionamenti non deduttivi il giudice ricorre anche al ragionamento *abduttivo*, che dei primi rappresenta una particolare specie, in quanto anch'esso è caratterizzato dalla natura più o meno probabile del nesso di conseguenzialità, sicché anche nel caso dell'argomento abduttivo le conclusioni sono solo più o meno plausibili/probabili e mai assolutamente certe. Mentre il ragionamento induttivo consente (anche) di formulare delle generalizzazioni, delle regole generali, sulla base di osservazioni essenzialmente empiriche, il ragionamento abduttivo consente di formulare delle ipotesi esplicative, sulla base di determinate premesse di fatto, su casi particolari; e quindi permette di introdurre nuove idee, di ampliare la conoscenza sui fatti della causa rispetto a quanto contenuto nelle premesse stesse, sia pure, come detto, con conclusioni solo plausibili/probabili[910]. Le generalizzazioni di carattere induttivo sono di due tipi: *a*) la generalizzazione, o legge, *universale* induttiva è l'argomento con cui dall'osservazione di alcuni casi particolari si ricava una legge universale, valida in tutti i casi (e tuttavia sempre con un nesso di consequenzialità esprimibile in termini di plausibilità/probabilità e non di certezza assoluta); *b*) la generalizzazione, o legge, *statistica* è l'argomento con cui dall'osservazione di alcuni casi particolari si ricava una legge statistica, valida non per tutti i casi ma per una percentuale, più o meno esattamente determinata, di essi[911]. Naturalmente, anche il ragionamento induttivo consente di raggiungere conclusioni su casi particolari, e ciò attraverso il sillogismo induttivo, o sillogismo statistico, che, come vedremo, è molto usato

segni con funzione epistemica offerti dalle prove e dagli elementi di prova, può ben trarre – come di fatto trae – le sue conclusioni attraverso inferenze di carattere induttivo/argomentativo, e non già deduttivo/dimostrativo. Per la riconduzione dell'opera di Stephen Toulmin – che Taruffo, *La valutazione delle prove*, in *Id.*, *La prova civile*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 220 ss., richiama quale modello di ragionamento probatorio – in una prospettiva epistemologica di tipo argomentativo, dove le argomentazioni "non partono da premesse dotate di un carattere universale ed astratto, ma si servono piuttosto di opinioni notevoli o autorevoli: si servono, in altre parole, di *éndoxa*", v. P. Sommaggio, *La logica come giurisprudenza. Saggio introduttivo sulla rivoluzione epistemologica di Stephen Toulmin ed i suoi riflessi per la metodologia giuridica*, in *Il Lascito di Atena. Funzioni*, cit., p. 93 ss., benché in tale modello la dimostrazione sarebbe una *species* dell'argomentazione: S. Toulmin, *Gli usi dell'argomentazione*, Torino, Rosenberg & Seller, 1975, p. 5. Di recente, nel senso che il chiarimento della logica argomentativa e dialettica, di cui il processo è portatore, può stabilire una solida base per sostenere una razionalità a misura d'uomo, capace di comprendere adeguatamente le cose, disponendo di procedure e strumenti efficaci per valutare criticamente il processo interpretativo e il suo risultato, v. G. Giorgio, *La via del comprendere. Epistemologia del processo di diritto*, Torino, Giappichelli Editore, 2015, *passim*.

[910] V. D. Canale e G. Tuzet, *La giustificazione*, cit., 2019, p. 55.

[911] G. Carcaterra, *La logica*, cit., pp. 50-51, ove a proposito della generalizzazione universale induttiva si riporta il seguente esempio: dal fatto che gli smeraldi finora osservati sono verdi si conclude che verdi sono in generale tutti gli smeraldi. Nella generalizzazione statistica non siamo in condizione di dire che *tutti* i casi osservati hanno una certa caratteristica, ma solo che *una data percentuale* dei casi osservati presentano quella caratteristica (come nelle massime d'esperienza fondate sull'*id quod plerumque accidit*).

dal giudice: si può definire sillogismo statistico come l'argomento che applica una legge statistica (scientifica o una massima d'esperienza) ad un caso particolare[912]. Diversamente, l'argomento per *abduzione*, definibile anche argomento *indiziario*, serve a risalire da certe conseguenze alla scoperta del fatto che le ha prodotte: l'argomento per abduzione è l'argomento con cui, sapendo che a un certo fatto ipotizzato segue normalmente una data conseguenza, dalla presenza di questa conseguenza, che funziona come indizio del fatto ipotizzato, si risale al fatto stesso[913].

Da quanto osservato sin qui risulta dunque che la *logica*, l'argomentazione del giudice è essenzialmente rivedibile nelle sue premesse, nei suoi passaggi logici e, per l'effetto, nelle sue conclusioni: essa è quindi *dialettica* o, come è stato suggerito, *dialettico-retorica*, vale a dire aperta alla discussione, elenctica. E non solo nel senso aristotelico prima ricordato, poiché presenta inevitabili margini di incertezza e di soggettività; ma anche, come vedremo, nel senso di risultante dal contrasto di due forze che collidono e si ricompongono incessantemente proprio nel discorso del giudice, atteso che tale *logica* si forma, lungo tutto il processo, nel contraddittorio tra le parti[914]. E tutto ciò tenuto bene in conto che qui si parla di una *retorica* che non si distingue *sul piano epistemico* dal piano della *dialettica* – perché in questa prospettiva, che poi è quella aristotelica, dialettica e retorica hanno la stessa struttura logica ed entrambe mirano alla ricerca della verità tramite la tecnica della confutazione per *reductio ad absurdum*[915] –; e, nel complesso, che qui si parla di una

[912] G. Carcaterra, cit., p. 52, ove si riporta il seguente esempio: il 45% dei fumatori abituali è esposto al rischio di tumore polmonare (premessa maggiore), Tizio è un fumatore abituale (premessa minore), con la probabilità del 45% ne segue che Tizio rischia di essere affetto dal tumore (conclusione).

[913] G. Carcaterra, cit., pp. 54-55, ove il seguente esempio: sappiamo per massima d'esperienza che molto probabilmente se ha piovuto allora il terreno sarà bagnato (premessa maggiore), osserviamo che in effetti il terreno è bagnato (premessa minore), e allora concludiamo che probabilmente dunque ha piovuto (conclusione). Sul ragionamento abduttivo v. anche G. Tuzet, *Diritto, incertezza, ragionamento*, Roma, Carocci, 2010, p. 15 ss.

[914] Cfr. F. M. Iacoviello, *La Cassazione penale*, cit., p. 49, p. 59, p. 60; L. Lombardo, *La prova giudiziale*, p. 103 ss., p. 145 ss., p. 167 ss.; v. anche A. Gentili, *Il diritto come discorso*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 521 ss., p. 549 ss.; S. Fuselli, *Verità ed opinione*, cit., p. 267 ss.

[915] L. Lombardo, *cit.*, pp. 115-116, ove si ricorda che la distinzione tra retorica e dialettica si può cogliere *sul piano pratico*, perché le argomentazioni dell'una e quelle dell'altra sono applicate a situazioni e contesti diversi. La dialettica, che è l'arte di attaccare e di confutare, presuppone un *dialogo* e perciò un interlocutore che ribatta; ma, al tempo stesso, essa è *un'attività collaborativa* e non individualistica, nella quale – a differenza di quanto avviene sia nella apodittica che nella retorica – si persegue il fine del *consenso da parte dell'interlocutore*. La retorica, al contrario, prescinde dalla collaborazione e dal consenso degli interlocutori; essa presuppone uno o più *monologhi*, rivolti ad un *soggetto terzo*, ad un uditorio che rimane muto e del quale occorre però *conquistare il consenso*: perciò essa è l'arte della persuasione. In proposito v. anche A. Gentili, *cit.*, 549 ss.; F. Cavalla, *La via retorica verso la verità*, in AA.VV., *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, Pisa University Press Srl, Pisa, 2004, p. 118, p. 174; S. Fuselli, cit., p. 297. Nel senso che Stephen Toulmin "pone il ragionamento argomentativo-dialettico proprio al centro della sua rivoluzione

argomentazione dialettico-retorica *non* rimessa ad un incontrollabile soggettivismo del giudice, bensì di una argomentazione razionale sottoposta al controllo, del pari razionale, della comunità di riferimento[916].

Naturalmente nel discorso del giudice sono presenti anche elementi di *retorica* intesa come *teoria della elocuzione*, vale a dire come discorso che si preoccupa della sua forma – quale tecnica di comunicazione e di presentazione degli argomenti – al solo fine di suscitare l'ammirazione e soprattutto, come la retorica perelmaniana[917], di carpire il consenso dell'uditore, sganciato dalla dialettica come sopra intesa e quindi dalla ricerca della verità. Tuttavia questa parte (eventuale) del discorso del giudice non rientra nel fondamento razionale delle sue decisioni, nella giustificazione razionale delle sue scelte, anche se può svolgere un certo ruolo – appunto di *persuasione* – nella fase in cui le decisioni del giudice sono sottoposte al controllo intersoggettivo. In altre parole, al momento del controllo intersoggettivo delle decisioni del giudice, ciò che conta e che deve sussistere è la base razionale del suo ragionamento, non già la forza degli argomenti meramente *persuasivi*, che potrebbero risultare sganciati o, peggio, in contrasto con le leggi di strutturazione, organizzazione e funzionamento del mondo per come elaborate ed accreditate dalla collettività di riferimento[918].

Infine, poiché, come abbiamo detto, molte importanti scelte del giudice nella ricostruzione dei fatti sono frutto, sia pure nel contraddittorio delle parti, di discrezionali scelte di valore, e quindi, in sintesi, di sue scelte preferenziali, di sue *opinioni*, la *logica* del giudice è altresì una logica *opinativa*: tali scelte di valore il giudice compie, come abbiamo già accennato, quando: *i*) determina l'attendibilità delle fonti di prova; *ii*) definisce le proposizioni probatorie; *iii*) assegna valore probatorio ai dati con funzione probatoria; *iv*) individua la regola di connessione tra premesse e conclusione probatoria; *v*) determina la forza del nesso

epistemologica che colpisce, soprattutto, il modo consueto di considerare la logica", v. P. Sommaggio, *La logica*, cit., p. 99 ss.

[916] L. Lombardo, *La prova giudiziale*, cit., p. 113, n. 27, ricorda che nel pensiero retorico il concetto di probabilità diverge da quello adottato nel pensiero positivistico, ove il "probabile" si configura come un espediente per salvare la logica binaria "vero o falso", "A o non-A", come ciò che, in una qualche percentuale statistica, è o vero o falso. Nel pensiero retorico, invece, il probabile dipende esclusivamente dall'opinione razionalmente prevalente, emersa nel dibattito tra gli interlocutori, e costituisce un carattere necessario del conoscere, nel senso che non v'è spazio per la "verità" o la "falsità" in termini di certezza.

[917] Vedila ricostruita in L. Lombardo, *cit.*, p. 128 ss.

[918] G. Carcaterra, *La logica*, cit., p. 39, individua quattro ipotesi di rapporti tra logica e retorica, per cui un argomento può essere: 1) retoricamente efficace e logicamente connesso; 2) retoricamente efficace ma logicamente sconnesso; 3) retoricamente infelice ma logicamente connesso; 4) retoricamente infelice e logicamente sconnesso.

di consequenzialità e quindi il grado finale e complessivo di plausibilità degli argomenti[919]. Un altro aspetto fondamentale che deve essere considerato quando si parla della logica del discorso del giudice è che l'oggetto dei suoi ragionamenti probatori e delle sue decisioni è costituito dalle situazioni e dagli accadimenti della realtà storica: la ricostruzione del giudice ha ad oggetto, segnatamente, i fatti materiali della realtà esterna, da un lato, e le azioni dell'uomo dall'altro. Ancora con maggior dettaglio, oggetto del ragionamento probatorio sono: *a*) le situazioni e gli accadimenti della realtà materiale, semplici, complessi e collettivi; *b*) i fatti determinati in modo valutativo o modale o indeterminato o approssimato; *c*) le azioni e le omissioni dell'uomo, inclusi i fatti psichici; *d*) i fatti istituzionali; *e*) i nessi, prevalentemente di causa-effetto, tra i fatti indicati *suba*), *b*) e *c*).

[919] Cfr. F. M. Iacoviello, *La Cassazione penale*, cit., p. 49, che richiama il riscontro normativo rappresentato dall'art. 527, secondo comma, c.p.p. Nel senso che nella cernita dei fatti rilevanti della causa il giudice, compreso quello di cassazione, compie scelte di valore, v. ora F. Roselli, *Logica*, cit., p. 232. La natura *opinativa* delle scelte e delle decisioni del giudice deriva dal fatto che tali scelte e decisioni dipendono in larga misura dalla *conoscenza di sfondo* di chi le compie: rimarca S. Patti, *Prima lezione. La "costruzione" del fatto nel processo*, in P. Rescigno e S. Patti, *La genesi della sentenza*, Bologna, il Mulino, 2016, p. 33 ss., spec. pp. 37-38, "che la costruzione/ricostruzione della fattispecie dipende dall'attività di chi giudica e applica la norma, dai suoi strumenti culturali e dalla sua visione della società, e che di conseguenza il fatto non rappresenta un qualcosa di dato e immutabile ma è anch'esso frutto di una precomprensione". Sulla opinabilità del ragionamento giudiziale v. S. Fuselli, *Verità ed opinione*, cit., pp. 255 ss.; e, sui rapporti tra opinione, persuasione e razionalità della decisione, v. *Id.*, *Credere per provare. Appunti sullo statuto epistemologico della prova penale*, in *Il Lascito di Atena*, cit., p. 71 ss.
A questo proposito vengono in evidenza i problemi recati dal c.d. *relativismo interpretativo*, o *prospettivismo*, e dal c.d. *relativismo epistemico*, giustamente segnalati da M. Gradi, *L'obbligo di verità*, cit., p. 17 ss., p. 59 ss., il quale tuttavia a mio avviso forse non valorizza adeguatamente le implicazioni che ne derivano in punto di inidoneità dell'accertamento giudiziale dei fatti a conseguire la verità intesa come corrispondenza; sia pur verità solo relativa e probabile e non assoluta, attesa la fallibilità dell'agire umano, anche quando supportato dalla scienza. Con riguardo al *relativismo interpretativo*, Gradi osserva che la "teoria corrispondentista e quella costruttivista hanno un ambito di competenza differente, come emerge con chiarezza dall'angolo privilegiato di osservazione del giurista: la prima ha a che fare con i fatti storici, mentre la seconda con i fatti giuridici, ossia con la qualificazione giuridica della realtà": M. Gradi, *cit.*, p. 20. In realtà, tutto il giudizio di fatto si fonda proprio sulla interpretazione e valutazione degli elementi di prova e sulla individuazione e interpretazione delle leggi di strutturazione, organizzazione e funzionamento del mondo, che a quegli elementi vanno applicate. Vi è insomma una interpretazione e valutazione dei fatti nella loro qualità di elementi di prova al solo fine del giudizio sul fatto da provare; interpretazione di mero fatto, anche delle 'unità elementari' del discorso, che anticipa l'interpretazione di matrice giuridica di quel medesimo fatto, come ricostruito, per determinarne la rilevanza giuridica (sul punto v. F. Zanuso, *L'ordine oltre le norme*, cit., p. 57 ss.; senza considerare che molto spesso i fatti da accertare sono estremamente complessi: in proposito, v. P. Piccari, *Pensare il mondo. Saggio sui concetti empirici*, Milano, Franco Angeli, 2010, *passim*; e senza altresì considerare i problemi recati dal multiculturalismo: cfr. F. M. Iacoviello, *La Cassazione penale*, cit., p. 330 ss.). Le considerazioni che precedono possono essere estese, mutato ciò che si deve, anche al discorso di Gradi in merito al *relativismo epistemico* (M. Gradi, *cit.*, p. 59 ss.). In effetti, nessuno è in grado di stabilire, anche dopo dieci, o cento "giudizi sui giudizi", qual è *in senso oggettivo* la corretta applicazione dei criteri razionali di valutazione delle prove; tanto è vero che tale correttezza è stabilita, alla fine: (*i*) o attraverso schemi del tutto formali, come il passaggio in giudicato *tout court* della sentenza, ovvero il passaggio in giudicato interno della parte di sentenza relativa a quel giudizio di fatto; (*ii*) oppure, normativamente, dalla Corte di cassazione, quale organo posto al vertice del potere giurisdizionale (senza che su tale correttezza vi possa essere alcuna garanzia di carattere *oggettivo*).

La logica del giudice è pertanto essenzialmente una *logica argomentativa empirica*: il giudice nella ricostruzione dei fatti sceglie, interpreta e applica le leggi di strutturazione, organizzazione e funzionamento del mondo (d'ora in poi, per brevità, anche LSOFM)[920]. Per altro verso, la logica del giudice è una logica *empirica* anche perché le fonti del suo convincimento sono essenzialmente *dati empirici*: prove ed elementi di prova (documenti, testimonianze, indizi, ecc.), vale a dire fatti del mondo. Ciò che qui ora occorre mettere in evidenza è che, pertanto, la logicità del discorso del giudice non dipende da fattori puramente formali o sintattici, bensì da fattori materiali, concreti, ossia dipende dai fatti del mondo, e richiede un vocabolario che selezioni tipi reali di cose e di oggetti[921].

La *logica del giudice* come *discorso sui fatti*, in sintesi, è una logica che parte da *fatti del mondo* per ricostruire *fatti del mondo*, attraverso le LSOFM, ragion per cui il discorso del giudice è logico nella misura in cui rispetta le LSOFM. Queste leggi, e di conseguenza il discorso del giudice, hanno natura materiale, concreta, e non formale, sintattica o simbolica. Come è stato osservato, il grado di conferma, "la garanzia di ogni affermazione empirica dipende in ultimo dall'esperienza, ossia dalle interazioni sensoriali con il mondo"[922]. Così, ad es., se il giudice affermasse che il danneggiato, benché privato della vista ad un occhio, può continuare come prima a svolgere la sua attività di arbitro sportivo, egli formulerebbe un discorso illogico, ma non per violazione di una qualche regola formale, bensì perché l'esperienza insegna che un soggetto con un grave danno alla vista non è in grado di vedere bene, come invece è richiesto ad un arbitro sportivo[923]. E così se il giudice ritenesse che un incendio in un albergo ha provocato, per lo spavento, un infarto ad un soggetto che si trovava a cinque isolati di distanza dall'incendio stesso, atteso che l'esperienza esclude una simile eventualità)[924]. Del pari ove il giudice affermasse che l'aver fumato una sola sigaretta ha determinato una invincibile dipendenza dal fumo, e ciò sempre

[920] Qui "mondo" è pertanto da prendere nell'accezione più ampia possibile: "non solo mondo empirico, ma anche morale, estetico, giuridico, matematico e via dicendo. In breve, il mondo che si suole chiamare *Lebenswelt*, – una realtà variegata e composita ai cui vari livelli si esplica l'attività razionale umana. È questa realtà che, come si è detto all'inizio, fissa in modo implicito i criteri di correttezza in base a cui giustificare razionalmente le nostre asserzioni, e sono questi criteri normativi a essere rappresentati dalla verità": cfr. M. Dell'Utri, *Razionalità e verità*, in *I modi della razionalità*, cit., p. 183. Cfr., sul punto, F. M. Iacoviello, cit., pp. 317-318: "L'uomo organizza l'esperienza del reale selezionandola mediante criteri. […] Ora, per l'osmosi che c'è tra processo e mondo, il processo recepisce dal mondo tali criteri".
[921] S. Haack, *Legalizzare l'epistemologia. Prova, probabilità e causa nel diritto*, trad. it.. a cura di F. Esposito, Milano, Università Bocconi Editore, 2015, p. 21.
[922] S. Haack, cit., p. 23, nota n. 67.
[923] Per un'ipotesi analoga, v. Cass. 28 aprile 1978, n. 2015.
[924] Cfr. Cass. 30 ottobre 2009, n. 23059.

perché l'esperienza esclude la plausibilità di siffatta conclusione. E così via: "non è la logica che rende rigoroso un ragionamento formalizzandolo, ma è un ragionamento *già* rigoroso in qualche senso a lasciarsi formalizzare dalla logica"[925].

Da quanto appena detto derivano due conseguenze di grande importanza: α) la prima, cui si è ora accennato, è che la illogicità del discorso del giudice non è conseguenza della violazione di qualche regola di logica formale, ma conseguenza della violazione di regole d'esperienza, scientifica o tratta dal senso comune[926]; β) la seconda, strettamente connessa alla prima, è che non è nemmeno astrattamente possibile un controllo, un sindacato di logicità del discorso del giudice nella ricostruzione dei fatti che non implichi una rivalutazione nel merito degli argomenti utilizzati dal giudice stesso in detta ricostruzione: in sintesi, il sindacato di logicità del giudizio di fatto implica di necessità un riesame nel merito del giudizio stesso[927]. Del resto, nessuno ha mai individuato un modo per sindacare la logicità del giudizio di fatto che non implichi un riesame del merito dello stesso giudizio[928].

[925] M. Piazza, *Regole logiche*, cit., 13. V. anche S. Fuselli, *Verità ed opinione*, p. 273: "Non è un modello di deduzione a determinare il 'grado di verità' delle connessioni fra i discorsi, ma sono sempre le cose su cui essi vertono a determinare le condizioni alle quali i nessi sillogistici sottostanno e si sviluppano".

[926] Lo osserva puntualmente anche F. Roselli, *Logica*, cit., p. 229. Naturalmente, vale anche il discorso per cui un ragionamento può essere del tutto corretto pur nella più totale ignoranza delle regole logiche al medesimo applicabili: cfr. M. Piazza, cit., 14-15.

[927] V. in questi termini, con notevole approfondimento e la massima chiarezza possibile, F. M. Iacoviello, *La Cassazione penale*, cit., p. 64 ss., e, in particolare, l'importante contributo contenuto nei capitoli 7 e 8, che a mio avviso rappresentano il più onesto e trasparente discorso sul funzionamento della Corte di cassazione, espresso peraltro da chi, oltre ad avere una profonda conoscenza teorica degli istituti qui coinvolti, la Suprema Corte la conosce davvero bene dal suo interno (ad es., ivi, p. 423: "per vedere se una motivazione è logica, occorre valutare il *peso* e la *fondatezza* degli argomenti usati"; ivi, p. 446: "il giudizio di *logicità dell'ipotesi* combacia perfettamente col giudizio sul *merito della ipotesi*. Possiamo aggirare le parole per paura di incontrarle. Ma alla fine le incontriamo. *Logicità* e *merito* coincidono"; ivi, p. 442: "Cosa sia fatto e cosa sia diritto lo decide la Cassazione"; ivi, p. 451: "La Cassazione – come al solito – schiva le definizioni precise, risolve i contrasti con formule ambigue. Così non mette ipoteche sul futuro e si lascia le mani libere. La '*plausibile opinabilità di apprezzamento*' autorizza una valutazione *caso per caso*. Se la Cassazione trova plausibile l'argomento della sentenza, quell'argomento è *merito*. Se lo trova implausibile, quell'argomento è *legittimità*". Per una lettura più restrittiva, che tuttavia fa salvo l'intervento della Corte nelle ipotesi di travisamento del significato del singolo mezzo di prova, v. C. Santoriello, *Il vizio di motivazione*, cit., p. 263 ss.

[928] La dimostrazione della impossibilità di concepire, ancor prima che svolgere, un sindacato sulla logicità del giudizio di fatto che prescinda da un riesame nel merito del giudizio stesso è a mio avviso il più importante contributo della (giustamente) celeberrima opera di G. Calogero, *La logica*, cit., *passim*, sul punto rimasta inattaccabile. In proposito v. ora, molto chiaramente, Roselli, *cit.*, 229 ss., spec. p. 231, che pure conosce molto bene il funzionamento della Corte dal suo interno; un chiaro cenno anche in B. Sassani, *Riflessioni sulla motivazione*, cit., p. 858, ove si ricorda, richiamando Calogero, che il controllo di logicità è il controllo di opportunità di una soluzione "secondo il senso delle cose". V. anche F. M. Iacoviello, cit., p. 54: "La logica del giudizio altro non è che '*everyday knowledge*', la logica quotidiana dell'uomo comune. Di un uomo, cioè, che ogni giorno affronta problemi e prende decisioni, facendo ricorso al buon senso e avvalendosi di quella che gli anglosassoni definiscono '*the available social stock of knowledge in a given society*', vale a dire

In sintesi, possiamo affermare che la logica del giudice è una logica essenzialmente, salvi casi particolari, *non dimostrativa né deduttiva*, e specificamente è una logica *empirica*, *induttiva*, *abduttiva*, *argomentativa*, *dialettico-retorica* e *opinativa*. In questa schematizzazione non bisogna confondere il piano della opinabilità con quello della natura solo probabilistica delle conclusioni che può attingere il discorso del giudice, benché il primo concorra alla determinazione del secondo. In questa prospettiva, infatti, l'opinabilità deriva dal fatto che le scelte del giudice sono essenzialmente scelte di valore (principalmente in ordine alla selezione e alla probabilità assegnata al nesso di conseguenzialità delle LSOFM applicate). Queste scelte di valore, proprio perché tali, sono giustificate attraverso l'argomentazione dialettico-retorica[929]. La natura solo probabilistica delle conclusioni del giudice dipende, invece: *i*) dalle caratteristiche, dai limiti legali del giudizio di fatto; *ii*) dallo scarto tra i dati reali con funzione probatoria del singolo processo e i dati effettivamente percepiti dal giudice (e dallo scarto tra dati percepiti e loro traduzione in forme verbali)[930]; *iii*) dalla natura opinativa delle scelte, fondamentalmente *di valore*, del

l'insieme delle conoscenze condivise da una determinata collettività in un determinato momento storico". Peraltro, F. M. Iacoviello, *cit.*, p. 316, testo e nota n. 23, critica il riferimento di Calogero alla 'logica delle cose', ma il rilievo non pare cogliere nel segno, giacché, al di là dei termini utilizzati, il filosofo si riferiva esattamente al buon senso e all'insieme delle conoscenze condivise da una determinata collettività in un determinato momento storico: G. Calogero, *cit.*, p. 102 ss., p. 166 ss., p. 200 ss., p. 203 ss., p. 294 ss.

[929] Di recente, in questi termini v. F. Roselli, *Logica*, cit., p. 232. In giurisprudenza, v. Cass. pen., 12 novembre 2009, n. 48320, ove si osserva che «è chiaro che, alla fine, la Corte di cassazione esprime un *giudizio di valore* come quando ritiene "debole" la regola di inferenza utilizzata dal giudice di merito ma ciò rientra nel controllo di legittimità previsto dalla norma indicata perché una prova insufficiente o una regola di inferenza "debole" utilizzata dal giudice e su cui sia fondata la decisione incrinano irrimediabilmente la congruità logica della decisione» Questa conclusione non può essere evitata, se solo si tiene nel giusto conto il rilievo per il quale, come visto, anche il giudizio di fatto si fonda su scelte di valore e che le controversie su queste – anche ove si considerino tali scelte come possibili esiti di "attività cognitiva" (cfr. P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, I. *Struttura e procedimento*, Torino, Giappichelli Editore, 2017, p. 43), e quindi scelte *razionalmente giustificabili* – non sempre possono essere definitivamente risolte; e che comunque, quando possono, la loro soluzione può trovarsi solo nell'argomentazione e nella persuasione che, come tali, sono opinabili: v. R. Guastini, *Tre domande a Francesco Viola*, in M. Jori (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, Torino, Giappichelli Editore, 1994, p. 238. Sul punto v. anche S. Patti, *Prima lezione*, cit., pp. 37-38. Nella giurisprudenza civile v. Cass., 26 giugno 2004, n. 11919, ove si osserva che «nella realtà sociale di un determinato contesto coesistono, con i c.d. *standard* valutativi cui il giudice di merito deve fare riferimento nell'attività di integrazione giuridica delle c.d. norme elastiche, regole logiche – latamente assimilabili alle massime d'esperienza ed agli aforismi – anch'esse standardizzate cui una determinata comunità fa ricorso nell'articolazione del ragionamento e che danno luogo alla "logica" di una determinata società, cui deve uniformarsi il giudice di merito nel supportare il proprio convincimento fattuale». Con riguardo all'accertamento del fatto che richiede il sapere scientifico, v. di recente, in punto di utilizzabilità della "sindrome da alienazione parentale" (c.d. PAS), variamente orientate, Cass. 16 maggio 2019, n. 13274; Cass., 8 aprile 2016, n. 6919; Cass. 20 marzo 2013, n. 7041; G. Vanacore, *Falsificazione e processo: come e quando la scienza diviene sentenza*?, in *Danno e Resp.* , 2016, p. 1143 ss.

[930] Scarto che è stato studiato principalmente con riguardo ai testimoni, ma che sussiste nello stesso modo anche per l'attività di percezione del giudice: cfr. R. Rumiati e C. Bona, *Dalla testimonianza alla sentenza. Il giudizio tra mente e cervello*, Bologna, il Mulino 2019, p. 39 ss.; A. Forza, G. Menegon e R. Rumiati, *Il*

giudice, come testé ricordato; *iv*) dai limiti della conoscenza del mondo, dai limiti gnoseologici delle LSOFM e, di conseguenza, dalla natura induttiva ed abduttiva, e perciò non dimostrativa, bensì argomentativa, delle inferenze del giudice[931].

.

2.3. La razionalità del discorso del giudice nella ricostruzione dei fatti. – 3. La logica nel giudizio di probabilità sulla verità degli enunciati fattuali.

Strettamente correlato al discorso della logicità è quello della razionalità del discorso del giudice. In effetti, si afferma del pari continuamente che, in un moderno stato di diritto, deve essere accolta la concezione razionale della prova e che, in generale, il discorso del giudice sopra i fatti deve essere razionale, affinché questo sia controllabile, sempre sul piano della razionalità, e si possano evitare, di conseguenza, derive soggettivistiche o, peggio, veri e propri arbitri del giudice, in contrasto con i principi anche costituzionali del giusto processo[932].

Ma quali sono i fondamenti razionali del discorso del giudice sopra i fatti? Cosa è la

giudice emotivo, Bologna, il Mulino, 2017, p. 93 ss.; C. Bona, *Sentenze imperfette*, il Mulino Bologna, 2010, p. 71 ss.

[931] Ciò detto nel testo, occorre evidenziare, come ricorda L. Lombardo, *La prova giudiziale*, cit., 89, che nell'ambito della filosofia pragmatista viene rifiutato il dogma del metodo scientifico, inteso come custode della razionalità della ricerca. Le regole della logica, secondo questa impostazione, non sono *a priori*, precedenti ed indipendenti rispetto all'indagine; esse sono *postulati di natura stipulativa*, costituiscono "formulazioni di condizioni, individuate durante la ricerca stessa, che l'ulteriore indagine deve soddisfare se vuol conseguire come risultato una giustificata asseribilità" (così J. Dewey, *Logica, teoria dell'indagine*, I, Torino, Einaudi, 1974, p. 27 ss.). Di ciò si può tener conto anche con riguardo a quanto si dice nel testo, nel prossimo paragrafo, a proposito di razionalità e processo.

[932] E ciò sul presupposto che la oramai unanimemente riconosciuta crisi del metodo scientifico non possa significare l'ammissione dell'irrazionalità nelle decisioni degli scienziati (e, per quel che ci riguarda, dei giudici); e che sia possibile sfuggire al dilemma tra metodo e irrazionalità e ricercare invece *nuovi modelli epistemologici*, che consentano di fondare la conoscenza empirica *in chiave anti-positivistica*, superando l'idea – presupposta tanto dal positivismo quanto dal neopositivismo – che la razionalità si identifichi con la pura e semplice cogente logicità (così L. Lombardo, *La prova giudiziale*, cit., p. 98). Il tutto, al fine di verificare la adottabilità di una concezione della conoscenza che si serve di ragionamenti nei quali trovano posto anche i giudizi di valore e le opinioni, di ragionamenti cioè non rigidamente logici, ma che conservano una loro *logicità interna* e – con essa – la possibilità di essere assoggettati ad un controllo intersoggettivo (L. Lombardo, *cit.*, p. 102). Sulle correlazioni tra razionalità e processo v. T. Mazzarese, *Forme di razionalità*, cit., p. 17 ss., ove, tra l'altro, l'osservazione secondo cui, spesso, "ciò che viene etichettato come espressione di irrazionalismo altro non è se non la denuncia di limiti e difficoltà di quella forma di razionalismo che ha a proprio fondamento i principi della logica classica e/o dell'epistemologia neopositivista"; v. altresì, in una prospettiva in parte diversa, M. Taruffo, *Ragione e processo: ipotesi su una correlazione*, in *Ragion pratica*, 1993, p. 49 ss.

razionalità nel discorso del giudice? Quando questo può essere definito razionale? Anche a questo proposito dobbiamo definire la struttura categoriale del discorso del giudice[933] ed abbiamo visto che non si possono richiamare in soccorso le regole della logica dimostrativa e deduttiva, se non del tutto eccezionalmente. Quindi?

Premesso che qui con il termine *razionale* possiamo intendere, in prima battuta, il discorso *fondato sul ragionamento* e *conforme alla ragione*; e che per *ragione* possiamo intendere *la facoltà che guida a ben giudicare*, dobbiamo individuare *le regole dell'argomentazione razionale*, il cui rispetto assicura, appunto, la razionalità del discorso del giudice nell'attività di accertamento dei fatti[934]: *a*) anzitutto, ed il rilievo è ovvio, il discorso deve essere, dal punto di vista della lingua e della grammatica, semanticamente e sintatticamente, quindi *linguisticamente corretto*, altrimenti è esclusa *a priori* qualunque possibile intellegibilità e, conseguentemente, controllabilità[935]; *b*) secondariamente, il discorso del giudice deve essere *completo*: poiché il giudice raggiunge conclusioni sui fatti ignoti, sulla base degli elementi di conoscenza offerti dai fatti noti, è necessario, perché il suo ragionamento sia razionalmente credibile, che nell'esame dei fatti noti legittimamente

[933] V. Mazzarese, *cit.*, 17 ss., la quale osserva che "è tutt'altro che ovvio e scontato quali e quanti concetti e concezioni della filosoficamente tormentata nozione di 'razionalità' intervengano e possano intervenire in un'analisi delle forme di razionalità delle decisioni giudiziali"; e che molte "analisi che si incentrano sulla razionalità delle decisioni giudiziali sono viziate, infatti, da un uso indeterminato, quando non volutamente ambiguo, della nozione di 'razionalità'". In proposito v. M. Dell'Utri e A. Rainone (a cura di), *I modi della razionalità*, cit., *passim*, e già dalla *Prefazione*, ove si osserva come la razionalità da sempre è stata concepita come suddivisa in almeno tre ambiti: *logico, teoretico* o *epistemico* e *pratico*. E in tutti i casi ciò che conta sono le ragioni addotte come giustificazioni (logiche, epistemiche e comportamentali)". V. poi, in particolare, M. Dell'Utri, *Razionalità e verità*, cit., p. 170 ss.

[934] V. P. Piccari, *Forme e strutture della razionalità argomentativa*, Milano, Franco Angeli, 2008, 21, sulla necessità di "determinare quali *criteri di ragionevolezza* dovrebbero essere soddisfatti nell'argomentazione affinché questa possa essere considerata "ragionevole"; ed ivi, 63 ss., sui rapporti tra *razionale* e *ragionevole*: "riteniamo di poter definire 'razionale' ciò che procede dal ragionamento, che si basa sul ragionamento, mentre «ragionevole» ciò che è fondato su un ragionamento *corretto*". Sui rapporti tra razionale e ragionevole v. anche S. Fuselli, *Credere per provare*, cit., p. 75 ss. Per quanto riguarda il giudizio di fatto, ed ammesso che si possano distinguere i profili della logicità da quelli della razionalità del discorso del giudice, possiamo dire: (*i*) che la logica consiste nelle qualità delle componenti strutturali del discorso del giudice, giusta quanto abbiamo osservato nel paragrafo precedente; e che (*ii*) tale discorso è razionale quando risponde ad un sistema convenzionale predefinito che preveda, da un lato, le regole della formazione del giudizio (ritenute) più idonee, in una determinata situazione spazio-temporale e dato un certo contesto (anche di risorse disponibili), al raggiungimento dei fini prefissati (la ricostruzione giudiziale del fatto); e, dall'altro lato, le modalità per verificare l'osservanza/inosservanza di quelle regole e quindi l'idoneità del discorso complessivo del giudice a raggiungere il fine prefissato. In effetti, un comportamento verbale o non verbale si configura come razionale o irrazionale se, rispettivamente, è in accordo o in contrasto con quelle norme e quei principi: cfr. M. Dell'Utri, *Razionalità e verità*, cit., p. 170. Di seguito nel testo indico quelle che a mio avviso possono essere considerate, nell'attuale situazione, le regole *base* per una ricostruzione giudiziale razionale dei fatti nell'ambito della libera valutazione delle prove.

[935] Sui problemi derivanti dal c.d. relativismo linguistico v. E. Sapir e B. L. Whorf, *Linguaggio e relatività*, a cura di M. Carassai e E. Crucianelli, Roma, Castelvecchi, 2017, *passim*.

acquisiti al processo non sia trascurato alcun elemento di conoscenza[936]; *c*) in terzo luogo, il discorso del giudice deve essere *rappresentativo*, nel senso che i suoi enunciati descrittivi devono rappresentare esattamente le fonti e gli elementi di conoscenza con funzione probatoria, e non contenere travisamenti, errori di percezione della realtà, errori di percezione dei *segni* con funzione probatoria[937]; *d*) inoltre, il discorso del giudice deve essere *attendibile*, nel senso che le sue conclusioni sopra i fatti noti potranno essere considerate razionalmente credibili solo ove il giudice stesso abbia previamente verificato la serietà, l'adeguatezza e la credibilità, in una parola: l'*attendibilità* delle sue fonti di conoscenza, delle sue fonti di prova; *e*) ancora, il discorso del giudice deve essere *plausibile*, nel senso che il giudice deve porre a base del suo ragionamento premesse di fatto corrette (gravi, precise e concordanti), vale a dire elementi di prova idonei a denotare e connotare gli elementi di conoscenza che ne sono stati tratti, e ciò attraverso un'attività di interpretazione dei *segni* percepiti di carattere essenzialmente *semiotico* prima e *semantico* dopo; deve poi utilizzare, al fine di ritrarre conclusioni da quelle premesse, generalizzazioni, ossia LSOFM, di natura scientifica e/o di esperienza comune, condivise, riconosciute come valide dalla collettività di riferimento in un determinato momento storico; ed infine deve applicare tali leggi, sempre al medesimo fine, in modo pertinente e corretto con specifico riguardo al singolo, irripetibile caso concreto; ovvero tenuto conto, in modo completo ed esauriente, delle prove e degli elementi di prova, effettivamente attendibili, del medesimo caso concreto; a questo importante riguardo la razionalità del discorso del giudice corrisponde al rispetto delle LSOFM; *f*) il discorso del giudice deve altresì essere *coerente*, ed è tale se gli enunciati e le proposizioni che lo compongono non sono tra di loro in contraddizione o comunque in contrasto logico, ove la *logica*, anche qui, salvo casi eccezionali, è una logica *materiale* e non formale: è prevalentemente la logica delle LSOFM; *g*) infine, deve trattarsi di un discorso complessivamente *congruo*, ossia un discorso nel quale, sulla base di una considerazione anche olistica e non solo analitica delle prove e degli elementi di prova, le conclusioni, parziali e finale, sono adeguatamente

[936] G. Carcaterra, *La logica*, cit., 2015, 36-37, ricorda che l'argomentazione induttiva vale sempre allo stato attuale delle nostre conoscenze, perciò un argomento induttivo è corretto solo se è costruito tenendo conto di tutte le informazioni rilevanti disponibili.

[937] Senza poter entrare qui in merito al discorso per cui si "sono dimostrate non assolute le asserzioni di osservazione", atteso che non esiste occhio davvero ingenuo, capace di percezione priva di concettualizzazione: cfr., in proposito, D. Antiseri, *L'universo incerto della ragione umana*, in *I modi della razionalità*, cit., p. 31; nonché le indicazioni riportate *retro*, nella nota 49.

sorrette dalle premesse, parziali e finale, in base ad una corretta concatenazione logica (logica sempre intesa in senso *materiale* e non formale, nei termini chiariti).

In sintesi, il discorso del giudice sui fatti della causa è razionale quando è *linguisticamente corretto*, *completo*, *rappresentativo*, *attendibile*, *plausibile*, *coerente* e *congruo*. Sono questi gli elementi che determinano il discorso argomentativo del giudice *razionalmente credibile*. Come si può notare, si tratta evidentemente di una *razionalità debole*, giacché, a parte, forse, la correttezza linguistica – dai punti di vista strettamente grammaticale e sintattico –, si tratta di elementi, di componenti del discorso argomentativo, che derivano dall'attività *percettiva* e soprattutto *interpretativa* e quindi *discrezionale* del giudice, da sue *scelte di valoresu temi sui quali non esistono LSOFM certe*; pertanto da scelte e decisioni non oggettivamente controllabili e verificabili[938]. Quest'ultimo aspetto è molto importante e deve essere adeguatamente rimarcato: la non verificabilità oggettiva delle scelte e delle decisioni del giudice dipende *sia*: *i*) dal fatto che non esistono LSOFM certe, ma solo probabilistiche; *ii*) che non vi è certezza sulla forza probabilistica delle LSOFM, vale a dire sulla maggiore o minore probabilità delle conclusioni che derivano dalla loro applicazione, e *iii*) che non è certo quando una determinata LSOFM possa trovare applicazione in un caso concreto; *sia* dal fatto, consequenziale, che le decisioni del giudice dipendono da scelte di valore; queste ultime, in effetti, sono inevitabili ed ineliminabili proprio per il fatto che non esistono LSOFM certe. E queste scelte di valore, a loro volta, dipendono – in disparte gli eventuali problemi di *percezione* delle fonti e degli elementi di prova – dalla *conoscenza di sfondo* che possiede chi le compie, vale a dire il giudice[939].

Un ultimo punto dovrebbe essere esaminato: fino a che punto le regole di razionalità del discorso del giudice sopra i fatti della causa, ora individuate, sono anche regole di legittimità della decisione, la cui violazione, pertanto, comporta l'illegittimità della

[938] Del resto, come è noto – cfr. M. Dell'Utri, *Razionalità e verità*, cit., p. 176 – in epoca postmoderna, una concezione forte della razionalità cede il passo a una concezione debole secondo cui la razionalità umana è esattamente quella che è: *umana*, ossia fragile, rivedibile e immersa nel divenire storico. È stato in effetti sottolineato che la miseria della ragione consiste nel fatto che essa non può dare garanzie, e tuttavia deve comunque esigere obbedienza ai suoi requisiti: così N. RESCHER, *La razionalità. Indagine filosofica sulla natura e i fondamenti della ragione*, Roma, Armando Editore, 1999, p. 246.

[939] Cfr. F. M. Iacoviello, *La Cassazione penale*, cit., p. 324, che sottolinea quanto "di elaborazione personale vi sia nelle generalizzazioni di senso comune: la massima senza testo viene, per così dire, lavorata dal sistema di credenze e valori del giudice". In proposito v. anche Roselli, *Logica del giudice*, cit., p. 232, ove si ricorda che "fu ancora una volta Guido Calogero che per il discorso retorico parlò di 'ragionevolezza', invece che di 'razionalità', termine adatto al discorso delle scienze naturali". E tutto ciò indipendentemente dal pur importante tema delle euristiche: v. in proposito J. Nieva- Fenoll, *Intelligenza artificiale*, cit., p. 31 ss.; R. Rumiati e C. Bona, *Dalla testimonianza alla sentenza. Il giudizio tra mente e cervello*, cit., p. 133 ss.

decisione stessa? Il tema di maggior interesse, a questo riguardo, è, come ben si sa, quello della sindacabilità in Cassazione del vizio logico, ove con tale espressione s'intende principalmente il vizio che riguarda l'attendibilità, la plausibilità, la coerenza e la congruità del discorso del giudice, nei termini poc'anzi chiariti. Ma questo tema non può essere adeguatamente approfondito in questa sede[940].

3. La logica nel giudizio di probabilità sulla verità dei fatti.

Ad un terzo livello si parla di logica con riguardo allo standard di prova che deve essere raggiunto affinché il giudice possa legittimamente porre un fatto a fondamento della sua decisione. La Suprema Corte infatti afferma, con orientamento costante ed ormai consolidato, che il c.d. standard di *certezza probabilistica* in materia civile, presupposto per ritenere provato un fatto ed in particolare il nesso di causalità materiale, non può essere ancorato esclusivamente alla c.d. probabilità quantitativa-statistica delle frequenze di classi di eventi (c.d. probabilità quantitativa o pascaliana), che potrebbe anche mancare o essere inconferente, ma va verificato riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma (e, nel contempo, nell'esclusione di altri possibili alternativi) disponibili in relazione al caso concreto (c.d. probabilità logica o baconiana)[941].

Rileva quindi, principalmente, la c.d. probabilità logica o baconiana o, più comprensibilmente, epistemica. Occorre però capire bene di cosa stiamo parlando[942]. In generale, si distingue tra probabilità quantitativa, frequentista, statistica, o pascaliana, e probabilità logica o baconiana o epistemica, sulla scorta di studi e concetti nati, come è noto, nell'ambito della filosofia e poi applicati in ambito processuale[943]. I modelli di logica

[940] In proposito rinvio a R. Poli, *Diritto alla prova scientifica, obbligo di motivazione e sindacato in sede di legittimità*, in *Giust. civ.*, 2018, p. 428 ss., p. 457 ss.

[941] Tra le molte, v. Cass. 31 ottobre 2019, n. 27985; Cass. 27 settembre 2018, n. 23197; Cass. 24 ottobre 2017, n. 25119; Cass. 3 gennaio 2017, n. 47; Cass. 29 dicembre 2016, n. 27449; a partire da Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, nn. 576-584.

[942] Al riguardo v. la chiara illustrazione di F. M. Iacoviello, *La Cassazione penale*, cit., p. 52 ss.

[943] Sul concetto di probabilità e sul suo uso nel processo, E. Ancona, *All'origine della svolta epistemologica della sentenza Franzese. Ricerche sulla probabilità logica o baconiana*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2017, p. 679 ss.; v. P. Garbolino, *Probabilità e logica della prova*, Milano, Giuffrè, 2014, *passim*, con particolare attenzione al c.d. teorema di Bayes; v. altresì A. Panzarola, *Il notorio, la* judicial notice *e i concetti di prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 627 ss.; J. Ferrer Beltran, *La valutazione razionale della prova*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 89 ss., con particolare riguardo alla probabilità induttiva nella forma in cui la presenta L. J. Cohen; in precedenza, v. L. Lombardo, *La prova giudiziale*, cit., p. 62 ss.; L. J. Cohen, *Introduzione alla filosofia dell'induzione e*

c.d. pascaliana e c.d. baconiana sono assai numerosi ed estremamente complessi[944]. Con una certa, necessaria dose di semplificazione, si può dire che i primi si fondano sulle leggi statistiche "che mostrano una mera regolarità statistica di tipo frequentista fra il presentarsi di un evento di tipo '*A*' e uno di tipo '*B*', affermando che il verificarsi di un certo evento è accompagnato dal verificarsi di un altro evento soltanto in una certa percentuale di casi (ad es. '*Nove su dieci A sono seguite da B'*)"[945]. Pertanto, la probabilità statistica riguarda l'analisi empirica ed esprime la frequenza con cui l'evento si verifica durante l'osservazione: se *n* rappresenta il numero degli esperimenti ed *m* il numero di volte con cui l'evento si verifica, la probabilità–frequenza è data dal rapporto tra il numero delle volte in cui l'evento si è verificato con il numero degli esperimenti *m/n*.

Come è stato da più parti rilevato, l'utilizzazione delle leggi statistiche, frequentiste, sarebbe davvero poco utile nella indagine sulla esistenza di un evento singolo ed in particolare del nesso causale in un caso specifico e concreto, peraltro non futuro ma passato. Infatti, poiché tali leggi affermano che determinate classi di eventi si susseguono secondo un dato rapporto di proporzione tra loro, ossia secondo una data regola di frequenza, esse possono valere per descrivere le frequenze relative ai fenomeni di massa, per descrivere cioè quale sarà la frequenza relativa di un certo evento in una lunga sequenza di eventi, ma nulla possono dire in ordine ad un evento singolo: una legge probabilistica, in altre parole, non esclude alcun evento singolo in contrasto con essa. In questa prospettiva si è osservato che "solo in senso molto approssimativo è possibile parlare, dal punto di vista frequentista, di probabilità dell'evento singolo; deve riconoscersi invece che l'attribuzione, ad un evento singolo, della causa che prevede la legge statistica, è possibile soltanto con un salto logico, con un *grado di fiducia* proporzionale alla probabilità insita nella legge di copertura"[946].

Nonostante una parziale omonimia, ed il fatto che entrambe si propongano di determinare la associazione, eventualmente causale, tra due fatti, del tutto diversa dalla pascaliana è la

---

della probabilità, Milano, Giuffrè, 1998, *passim*.; M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 166 ss.; ID, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., p. 221 ss., p. 235 ss.; C. Besso Marcheis *Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 1119 ss.

[944] Per una ricostruzione chiara ma necessariamente sintetica di tali modelli, v. J. Ferrer Beltran, *La valutazione razionale*, cit., 2012, p. 90 ss.; C. Besso Marcheis, *Probabilità e prova*, cit., *passim*.

[945] L. Lombardo, *La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto*, in *Riv. dir. proc*., 2007, p. 55.

[946] L. Lombardo, op. ult. cit., p. 56. Sul punto v. anche v. J. Ferrer Beltran, *La valutazione razionale*, cit., p. 95 ss.

c.d. probabilità logica o baconiana, (almeno) per come essa è intesa in sede processuale[947]. Questa, infatti, si fonda, nella sua accezione semplice ed utilizzabile in sede processuale, sul rapporto tra un'ipotesi fattuale e il c.d. grado di conferma che la stessa riceve dagli elementi di prova disponibili nel caso concreto. In particolare, la probabilità logica, che si inserisce nell'ambito della probabilità epistemica, si riferisce alla probabilità che un'affermazione sia o meno veritiera attraverso il ragionamento logico fondato sugli elementi di prova: secondo la formula $p(k/e) = r$, la probabilità p è uguale al grado di conferma r che l'ipotesi k riceve dagli elementi probatori e a disposizione[948]. La probabilità logica può essere intesa come la *credibilità razionale* della verità o falsità di un enunciato fattuale (affermata prima dalla parte poi anche dal giudice) sulla base delle specifiche prove disponibili nel caso concreto. Al variare di queste, pertanto, varierà pure quella.

Se poi si tiene conto del fatto che il giudice raggiunge il convincimento in ordine alla verità di un determinato fatto X, da provare nel processo, attraverso il ragionamento inferenziale che tiene conto degli elementi di conoscenza offerti dal fatto Y o, più verosimilmente, dai fatti Y, J e K, provati o comunque certi nel processo stesso, si comprende che il grado o misura della probabilità logica dipendono dalla solidità della regola di associazione dei fatti Y, J, K rispetto a X applicata dal giudice al ragionamento inferenziale di cui si tratta. E la solidità di tale regola dipende sia dal peso probatorio, ovvero dalla gravità, precisione e concordanza delle prove e degli elementi di prova (Y, J e K), sia dalla forza intrinseca della generalizzazione adottata (astrattamente considerata), sia dalla presenza delle c.d. variabili rilevanti, ovvero circostanze del caso concreto che possono, a seconda dei casi, rafforzare, oppure al contrario attenuare, significativamente ridurre e perfino eliminare la forza della generalizzazione stessa (fermo restando che, come già ricordato, anche la forza della generalizzazione non può essere misurata in termini oggettivi, precisi ed assoluti – e ancor meno in termini numerici – perché essa dipende dalla *struttura culturale di riferimento* di colui che la applica). Il discorso non muta nella sostanza laddove si adotti, per spiegare il ragionamento del giudice, il c.d. "modello di Toulmin"[949].

---

[947] In una prospettiva più generale, vi è anche chi contesta la possibilità di considerare la probabilità c.d. baconiana come veramente autonoma da quella c.d. pascaliana (per riferimenti, v. C. Besso Marcheis, *Probabilità e prova*, cit., p. 1125, nota 21).

[948] Cfr., anche per altri riferimenti, L. Lombardo, *La prova giudiziale*, cit., p. 62 ss.

[949] Altro discorso rispetto a quanto ora detto nel testo riguarda il ricorso al c.d. teorema di Bayes per la valutazione delle prove. Si tratta di un calcolo matematico, che può essere, a seconda delle situazioni, anche molto complesso, attraverso il quale si dovrebbe riuscire a misurare, in termini numerici, l'impatto di ciascuna prova rispetto al grado di credenza nei confronti di una determinata ipotesi fattuale: P(H/E) = P(H) x

In questa chiave (necessariamente) semplificata, in cui la contrapposizione entra nel processo, la distinzione fondamentale tra probabilità pascaliana e probabilità baconiana risiede dunque in ciò: la prima, che si vorrebbe prevalentemente se non esclusivamente di natura oggettiva, determina la relazione tra fatti in base ad un calcolo matematico che si basa su dati statistici; la seconda, in ordine alla quale appare ineliminabile una certa componente soggettiva, determina tale relazione sulla base di un'analitica, razionale disamina del materiale probatorio disponibile nel caso concreto[950]. Ciò detto e condiviso, si comprende che, in questa prospettiva, con il richiamo alla probabilità quantitativa si allude in sostanza al tema della utilizzabilità della prova statistica nel processo [951].

Un'ultima notazione deve essere aggiunta a proposito del ruolo delle leggi statistiche nell'accertamento dei fatti. Anzitutto, va ricordato che, secondo un autorevole opinione, se si dispone di una statistica particolarmente elevata relativa alla connessione tra due tipi di eventi, ciò può essere sufficiente a stabilire che nel caso singolo si è davvero verificata una associazione tra i due eventi specifici, ed anche ove si tratti di una connessione causale[952]. Si è obbiettato che questo modo d'intendere la possibile portata della prova statistica appare di dubbio fondamento, e resta comunque la perplessità di fondo, giacché i dati statistici "parlano di classi di eventi e non di eventi singoli, e servono a fare previsioni invece che

P(E/H)/P(E). In base a tale formula, la probabilità condizionale che sia vera l'ipotesi fattuale H, dato l'elemento di prova E, equivale alla probabilità che si dia E se è vera H moltiplicato per la probabilità di H (senza prendere in considerazione E), diviso per la probabilità *a priori* di E indipendentemente dalla presenza di H. Il calcolo è ricorsivo ed accumulativo rispetto a ciascuno degli elementi di prova disponibili: in proposito v. J. Ferrer Beltran, *La valutazione razionale*, cit., p. 108 e, per un'altra efficace rappresentazione del teorema in parola, G. Carcaterra, *La logica*, cit., 55 ss. Il dibattito sulla validità di tale modello e sulla sua utilizzabilità per la valutazione delle prove è aperto ed assai ricco, e non può essere approfondito in questa sede, ragion per cui rinvio a F. Taroni, S. Bozza e J. Vuille, *Il ruolo della probabilità nella valutazione della prova scientifica*, in AA.VV., *Prova scientifica e processo penale*, cit., p. 23 ss.; P. Garbolino, *Probabilità e logica della prova*, cit., p. 85 ss. e *passim*; su questo lavoro v. le osservazioni critiche di M. Taruffo, *Note sparse su probabilità e logica della prova*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 1507 ss., e la replica di P. Garbolino, *A cosa serve il teorema di Bayes? Replica a Michele Taruffo*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 1127 ss., ove pure una efficace – ma, va detto, non meno complessa – illustrazione del teorema di Bayes.

[950] In queste due accezioni, in fondo, è sempre stato inteso il termine "probabilità" nel processo: v. Giuliani, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1961, p. 14, ove si ricorda la contrapposizione tra probabilità come «frequenza relativa di un evento in una lunga serie di eventi», e probabilità come «grado di conferma di una ipotesi in relazione a determinate prove». In proposito, in chiave attuale, v. J. Ferrer Beltran, *La valutazione razionale*, cit., p. 95 ss., anche per i rapporti tra frequenze statistiche, generalizzazioni e prova individualizzata sui singoli fatti (tra probabilità di eventi e probabilità di proposizioni), p. 107 ss., p. 121 ss.

[951] Cfr., anche per riferimenti, M. Taruffo, *Prova [dir. proc. civ.]*, in *Diritto online Treccani*, 2017, § 7; ID., *La valutazione delle prove*, cit., p. 220 ss.

[952] F. Schauer, *Di ogni erba un fascio*, Bologna, il Mulino, 2008, *passim*, e spec. p. 79 ss., con riguardo al nesso di causalità.

accertare fatti singoli già accaduti"[953]. Tuttavia, a me pare che, se si riconosce l'ineliminabilità del ricorso alle massime d'esperienza nella valutazione delle prove e la loro idoneità a costituire la premessa maggiore di un ragionamento inferenziale che conduce alla affermazione di verità di un determinato enunciato fattuale – enunciato che di conseguenza il giudice può portare a fondamento della sua decisione –, la stessa idoneità deve essere riconosciuta, *a fortiori*, alle leggi scientifiche statistiche che, a ben vedere, non sono altro che massime d'esperienza qualificate[954].

Naturalmente, per poter essere richiamata a fondamento di un giudizio di verità/esistenza di un fatto, e quindi quale legge di copertura/premessa maggiore del ragionamento inferenziale che consente di ritenere provato quel fatto, la frequenza riportata nella legge statistica dovrà essere tale da rappresentare, alla luce degli altri elementi di prova, che la verità/esistenza del fatto ignoto da provare è *normalmente* associata, almeno secondo l'*id quod plerumque accidit*, alla verità/esistenza del fatto provato, e che non sussistono elementi di prova contrari, in grado di contraddire le comuni regole di organizzazione e funzionamento del mondo; e ciò, alla stessa stregua di quanto si ritiene in caso di applicazione di una massima d'esperienza[955].

Questo discorso si riannoda al tema dello *standard di prova*, vale a dire della soglia di convincimento raggiunta la quale il giudice può ritenere *pienamente provato* il fatto e portare lo stesso a fondamento della decisione. Lo *standard di prova* è un sistema di misurazione indicativo della forza delle prove, del loro grado di probatività. Ora, per comprendere come opera lo standard di prova, e quindi comprendere com'è strutturata questa dimensione della prova, occorre considerare come il giudice valuta le prove secondo la sua logica che, come abbiamo rilevato, è una logica argomentativa/induttiva ed empirica. Di seguito, e consequenzialmente, potremo stabilire quando una prova è forte e raggiunge la necessaria soglia di convincimento e quando, diversamente, una prova è debole e non raggiunge tale soglia. Ebbene, la valutazione delle prove consiste nell'attribuzione di qualità probative ai *segni del mondo*, che nel processo assumono rilievo quali fondamenti

[953] M. Taruffo, *La prova del nesso causale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 109.
[954] Per G. Carcaterra, *La logica,* cit., p. 33, le massime somigliano alle leggi scientifiche statistiche, ma "mentre le leggi statistiche sono scientifiche, parlano un linguaggio numerico e sono basate su rigorosi metodi d'indagine, le massime si servono di un linguaggio qualitativo e si basano sulla semplice e ingenua esperienza".
[955] A quest'ultimo proposito v., ad esempio, Cass. 5 luglio 2017, n. 16503.

logico/empirici delle prove e degli elementi di prova, secondo le LSOFM[956]. Se questo è vero, il discorso sui gradi e sugli standard di prova deve essere espresso attraverso un vocabolario in grado di rappresentare ed esprimere le caratteristiche delle qualità probative in funzione della individuazione del loro grado di probatività; e ciò anche per individuare il grado di probatività necessario e sufficiente per raggiungere la *soglia di convincimento* prevista dalla legge al fine di ritenere pienamente raggiunta la prova di un fatto e poter portare legittimamente quello stesso fatto a fondamento della decisione giudiziale.

Ciò premesso, osserviamo che il tema dello *standard di prova* intende rispondere alle seguenti domande: α) vi sono agli atti del processo prove ed elementi di prova che consentono di affermare, con riguardo al caso specifico e concreto (unico e irripetibile), ed attraverso inferenze razionali, che l'enunciato fattuale *A* è vero? β) qual è il grado di probabilità logica necessario e sufficiente per poter affermare provato e quindi vero l'enunciato fattuale *A*? Vale a dire: quali sono il grado di conferma degli elementi di prova, ed il grado di solidità dell'inferenza (o, più correttamente, delle inferenze) necessari e sufficienti per poter fondare un legittimo giudizio di verità del fatto *A*?[957].

Questo tema è di estremo interesse e meriterebbe ben altro approfondimento. Qui ci possiamo limitare solo alle seguenti osservazioni schematiche, e rinviare a quanto già detto in altra sede per un discorso più argomentato[958]: *a*) il criterio oggi adottato dalla nostra Suprema Corte civile – per cui un fatto è considerato *vero* quando appare *più probabile che non* – non pare rappresentare un adeguato standard di prova, in quanto privo dei caratteri al riguardo richiesti: *non* è infatti un criterio rigoroso, chiaro, determinato nei suoi elementi strutturali e funzionali, applicabile in modo (almeno tendenzialmente) uniforme e suscettibile di adeguato controllo in sede d'impugnazione[959]; *b*) se è vero (*i*) che la valutazione delle prove consiste nell'attribuzione di qualità probative empiriche agli elementi di prova, e principalmente si traduce nell'inferenza con cui da un fatto noto, elemento di prova o fatto probante, si desume la probabilità di un altro fatto che si vuol

[956] M. Taruffo, *La prova del nesso causale*, cit., p. 109.
[957] In proposito v., di recente, AA.VV., *Standard of Proof in Europe, edited by* L. Tichý, Mohr Siebeck, Tubingen, 2019.
[958] R. Poli, *Gli standard di prova in Italia*, in *Giur. It.*, 2018, p. 2524 ss.
[959] In proposito v. J. Ferrer Beltran, *Prolegómenos para una teoria sobre lo estàndares de prueba*, testo della relazione tenuta a Girona, il 7 giugno 2018, al *Congreso Mundial sobre Razonamiento Probatorio*, 3 ss., ove vengono indicati i requisiti metodologici per formulare uno standard di prova. Per più dettagliate critiche al criterio del 'più probabile che non' rinvio a R. Poli, *Gli standard di prova in Italia*, cit., p. 2524 ss.

conoscere e si ipotizza, che è il fatto da provare o *thema probandum*[960]; e (*ii*) che il ragionamento del giudice è strutturato sulla base di massime d'esperienza, qualificate (come nel caso delle leggi scientifiche) o non qualificate (come nel caso delle generalizzazioni tratte dall'esperienza comune o dal buon senso comune), per individuare i caratteri della sufficienza del discorso del giudice in punto di valutazione delle prove e degli elementi di prova – e quindi i caratteri in presenza dei quali possiamo dire che il giudice ha legittimamente ritenuto raggiunta la prova di un determinato fatto – si può e si deve far ricorso, nella corretta prospettiva di restare il più possibile fedeli al dato positivo, non solo allo schema logico di ragionamento (art. 2727 c.c.), ma anche alle regole di validità/legittimità del ragionamento probatorio presuntivo[961]: orbene, in base agli artt. 2729 c.c. e 192, secondo comma, c.p.p., l'esistenza di un fatto può essere desunta da elementi di prova solo quando questi siano *gravi*, *precisi* e *concordanti*[962].

A ben vedere, pertanto, è la stessa legge che indica lo *standard di prova* necessario affinché possa ritenersi osservata la regola dell'onere della prova ed il giudice possa porre a fondamento della sua decisione un determinato fatto. Invero, se il giudice può fondare la presunzione – e quindi ritenere provato un fatto – sulla base di indizi gravi, precisi e concordanti, può tranquillamente affermarsi che la parte ha provato il fatto oggetto di prova quando ha provato indizi gravi, precisi e concordanti in merito alla verità di quel fatto[963].

E allora tutto ciò vuol dire, alla luce delle considerazioni svolte in questo scritto, che tali elementi di prova, considerati nel loro complesso, devono rappresentare – per consentire di ritenere osservata la regola dell'onere della prova, e comunque per consentire al giudice di portare un fatto a fondamento della sua decisione – un quadro probatorio che *significa*, *normalmente*, vale a dire secondo l'*id quod plerumque accidit*[964]– misurato sulla base delle

---

[960] G. Carcaterra, *La logica e le prove*, in *Scritti in onore di C. Punzi*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 467 ss. V. anche L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 108 ss., spec. p. 130, secondo il quale l'art. 192, 2° comma, c.p.p. rappresenterebbe una prescrizione generale valida per tutte le prove.

[961] Sulle presunzioni e sul ragionamento presuntivo v. per tutti S. Patti, *Prove*, in *Comm. al c.c. Scialoja, Branca, Galgano*, a cura di G. De Nova, *Libro sesto: Tutela dei diritti art. 2697-2739*, Bologna, il Mulino, 2015, p. 624 ss.

[962] Su tali requisiti, di recente, v. Cass. 21 gennaio 2020, n. 1163; Cass. 6 febbraio 2019, n. 3513; Cass. 24 gennaio 2018, n. 1785; per il processo penale, v. Cass. pen., sez. II, 17 giugno 2019, n. 26604.

[963] Questa prospettiva consente peraltro di avvalerci di una elaborazione teorica e giurisprudenziale millenaria circa le condizioni per affermare la sussistenza della *prova piena* di un fatto, formatasi all'interno della nostra cultura processualistica; e si tratta di un patrimonio che certo non può essere abbandonato per far posto ad un criterio – quello del 'più probabile che non' – vago e oscuro nelle sue modalità operative, anche perché del tutto estraneo alla nostra tradizione giuridica.

[964] La Suprema Corte insegna, per quanto riguarda le presunzioni e il ragionamento presuntivo, che per la configurazione di una presunzione giuridicamente valida non occorre che l'esistenza del fatto ignoto

regole di strutturazione, organizzazione e funzionamento del mondo –, verità/esistenza del fatto ignoto da provare[965].

4. Conclusioni.

Da quanto precede si può notare come (*i*) la logica e la razionalità del discorso del giudice nella ricostruzione dei fatti, (*ii*) la logica cui ci si riferisce nel giudizio probabilistico sulla *verità* dei fatti, e (*iii*) la logica sottesa allo standard di prova, nei termini dianzi indicati, siano omogenee e si riannodino perfettamente anche nella prospettiva del sindacato della ricostruzione giudiziale dei fatti in sede d'impugnazione, ed in particolare in sede di legittimità. A quest'ultimo proposito, infatti, la Suprema Corte insegna che: *a*) «la peculiare conformazione del controllo sulla motivazione non elimina, sebbene riduca (ma sarebbe meglio dire, trasformi), il controllo sulla sussistenza degli estremi cui l'art. 2729 c.c., primo comma, subordina l'ammissione della presunzione semplice. In realtà è in proposito possibile il sindacato per violazione di legge, ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c. Ciò non solo nell'ipotesi (davvero rara) in cui il giudice abbia direttamente violato la norma in questione deliberando che il ragionamento presuntivo possa basarsi su indizi che non siano gravi, precisi e concordanti, ma anche quando egli abbia fondato la presunzione su indizi privi di gravità, precisione e concordanza, sussumendo, cioè, sotto la previsione dell'art. 2729 c.c., fatti privi dei caratteri legali, e incorrendo, quindi, in una falsa applicazione della norma, esattamente assunta nella enunciazione della 'fattispecie astratta', ma erroneamente applicata alla 'fattispecie concreta'»[966]; *b*) «se è vero che il controllo di questa Corte di

rappresenti l'unica conseguenza possibile di quello noto, secondo un legame di necessarietà assoluta ed esclusiva (sulla scorta della regola della inferenza necessaria), ma è sufficiente che dal fatto noto sia desumibile univocamente quello ignoto, alla stregua di un giudizio di probabilità basato sull' *id quod plerumque accidit* (in virtù della regola dell'inferenza probabilistica), ovvero secondo un criterio di *normalità*, sicché il giudice può trarre il suo libero convincimento dall'apprezzamento discrezionale degli elementi indiziari prescelti, purché dotati dei requisiti legali della *gravità*, *precisione* e *concordanza*, mentre è da escludere che possa attribuirsi valore probatorio ad una presunzione fondata su dati meramente ipotetici (Cass. 30 maggio 2019, n. 14762; Cass. 2 ottobre 2018, n. 23881; Cass. 5 febbraio 2014, n. 2632; Cass. 14 novembre 2006 n. 24211; Cass. 16 novembre 2005 n. 23079; Cass. 27 novembre 2000, n. 15266; nell'ambito del processo penale, v. Cass. pen., sez. II, 17 giugno 2019, n. 26604).

[965] In base ad un ragionamento del tipo: quell'impronta digitale *significa* il passaggio di *N*, che ha la stessa impronta (cfr. P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, cit., p. 50). Per un più ampio discorso in proposito, v. R. Poli, *Gli standard di prova in Italia*, cit., p. 2532 ss.

[966] Cass., sez. un., 7 aprile 2014, nn. 8053-8054. Di recente v. Cass. 16 novembre 2018, n. 29635. Diversamente orientata la Cassazione penale: cfr. Cass. pen., sez. II, 17 giugno 2019, n. 26604.

legittimità non può mai spingersi a valutare l'esito del suddetto procedimento logico (Cass., sez. un., 7 aprile 2014, n. 8053, punto 14.8.3) e quindi il risultato della concreta modalità di esercizio del prudente apprezzamento del giudice del merito nella valutazione del materiale istruttorio, tuttavia un tale controllo, pure restando assai limitato, deve persistere, a presidio dell'intima coerenza della conciliabilità delle affermazioni operate quale garanzia di attendibilità del giudizio di fatto a sua volta premessa di quello di diritto, quanto alla verifica della correttezza del percorso logico tra premessa-massima di esperienza-conseguenza, cioè di esattezza della massima di esperienza poi applicata, come pure alla verifica della congruità – o accettabilità o plausibilità o, in senso lato, verità – della premessa in sé considerata; in mancanza di tale congruenza o plausibilità, la motivazione sul punto resterà soltanto apparente»[967].

Ne risulta, davvero in conclusione, un sistema coerente, che ben concilia il diritto dei litiganti ad un effettivo controllo del giudizio di fatto, anche in sede di legittimità, con i compiti della *nuova* Corte di cassazione[968], la quale non solo può, ma *deve* riesaminare la plausibilità delle LSOFM selezionate dal giudice di merito, come la correttezza della loro interpretazione ed applicazione al caso concreto, anche per dire l'ultima parola, in quanto organo di vertice della giurisdizione esercitata in nome del popolo italiano, circa l'accettabilità di una determinata LSOFM da parte della comunità di cui facciamo parte: "una Cassazione che entra nel *fatto*, che ragiona con probabilità e ipotesi, che affronta prova scientifica e processo indiziario e che fissa regole logiche di ragionamento e protocolli argomentativi al fine di raggiungere – attraverso la legalità – la giustizia"[969].

Abstract: Cosa si intende esattamente per logica del giudizio di fatto? E per concezione

[967] Cass. 5 luglio 2017, n. 16502, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 889 ss., con nota di L. Ruggiero, *La Cassazione riapre al sindacato sul vizio logico di motivazione*, i cui principi sono poi stati ripresi nelle motivazioni di Cass. 19 giugno 2019, n. 16443; Cass., s.u., 28 marzo 2019, n. 8675; Cass. 7 dicembre 2018, n. 31765; Cass. 8 ottobre 2018, n. 24743; Cass. 27 luglio 2018, n. 20010; Cass. 20 aprile 2018, n. 9906; Cass. 25 gennaio 2018, n. 1854.In proposito v. anche Cass. 5 luglio 2017, n. 16503, ove, in motivazione, si gradua il quadro probatorio specifico a carico del danneggiato – salvi la contestazione della controparte o l'onere dell'allegante che intenda giovarsi di fatti ancora più favorevoli a sé – in ragione della postulata maggiore o minore frequenza, secondo l'*id quod plerumque accidit*, della conseguenza dannosa oggetto di prova. Di recente, alludono ad un ammissibile controllo di logicità del ragionamento del giudice anche Cass. 18 giugno 2018, n. 16094 e Cass. 12 giugno 2018, n. 15260.

[968] V. con grande chiarezza F. M. Iacoviello, *La Cassazione penale*, cit., p. 46 ss., p. 457 ss.

[969] . M. Iacoviello, *La Cassazione penale*, cit., quarta di copertina. Si pensi, ad es., come già ricordato, al riconoscere o meno validità scientifica e quindi utilizzabilità nel processo alla c.d. PAS: sul punto, da ultimo, Cass. 16 maggio 2019, n. 13274.

razionale della prova? Il saggio si propone di rispondere a queste domande, ed individua come propria del giudizio di fatto, essenzialmente, salvi casi particolari, la logica *non dimostrativa né deduttiva*, bensì la logica che può essere definita *empirica*, *induttiva*, *abduttiva*, *argomentativa*, *dialettico-retorica* e *opinativa*, di cui sono chiariti i caratteri specifici. Mentre il ragionamento probatorio può dirsi razionale quando è *linguisticamente corretto*, *completo*, *rappresentativo*, *attendibile*, *plausibile*, *coerente* e *congruo*, nei termini del pari specificamente chiariti in questo saggio.

Abstract: What exactly means the logic of factual judgment? And rational conception of the evidence? The essay proposes to answer these questions, and identifies as proper to the factual judgement, essentially, except for particular cases, neither demonstrative nor deductive logic, but rather the logic that can be defined empirical, inductive, abductive, argumentative, dialectical-rhetorical and opinative, whose specific characteristics are clarified. While probative reasoning can be said to be rational when it is linguistically correct, complete, representative, reliable, plausible, coherent and congruous, in the terms also specifically clarified in this essay.

Parole chiave: logica – razionalità – giudizio di fatto – prova – standard di prova – vizio di motivazione – ricorso per Cassazione.

Key words: Logic – rationality – factual judgment – evidence – standard of proof – defective statement of reasons – appeal in Cassation.

PROCESSI COGNITIVI E COGNIZIONE GIURISDIZIONALE NEL PROCESSO TRIBUTARIO*.

di Giuseppe Maria Cipolla**

Sommario. 1. Cognizione dei fatti e sistema processuale di riferimento. – 2. Giudizio di fatto tra procedimento e processo tributario. – 3. Allegazione dei fatti e poteri istruttori del giudice tributario. – 3.1. Accertamento fattuale ed istruttoria giudiziale. – 3.2. Accertamento fattuale ed imparzialità del giudice tributario. – 3.3. Accertamento fattuale e divieto di prova testimoniale. – 4 Allegazione dei fatti ed onere della prova. – 4.1. Fatti controversi e divieto di *non liquet*. – 4.2. Fatti controversi e preclusioni probatorie. – 4.3. Fatti controversi e presunzioni legali. – 5 Conclusioni.

1. Cognizione dei fatti e sistema processuale di riferimento.

In ogni tipologia di processo l'esito del giudizio è influenzato dalla concorrenza di diversi fattori che incidono sulla cognizione che il giudice ha dei fatti[970].

In termini generali, il giudice conosce i fatti di causa soltanto in via indiretta (o *di seconda mano* per così dire) essendo la sua conoscenza mediata dalla narrazione che dei fatti operano le parti[971].

Una delle variabili che influisce sulla ricostruzione fattuale *ora per allora* è rappresentata dal regime riservato dalla legge all'allegazione dei fatti.

Il contenuto della decisione dipende anche e di conseguenza dalla natura inquisitoria o dispositiva del processo. All'una ed all'altra natura corrispondono – si direbbe – due *metodi* differenti di ricostruzione fattuale o comunque di approccio a tale ricostruzione.

Nel modello inquisitorio (e, specialmente, nel modello inquisitorio *puro* tanto in senso sostanziale quanto in senso formale) il giudice dispone di una rilevante discrezionalità non

---

* *Sottoposto a referaggio*.

** Pofessore ordinario di Diritto tributario – Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

970 Il riferimento al fatto è un'espressione di comodo entrando nel processo non il fatto in sé, ma l'enunciato intorno al fatto: così M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 91.

971 In effetti, parte della dottrina valorizza le norme che attribuiscono al giudice poteri (istruttori) precisando che tali norme contribuiscono ad emettere una decisione "veritiera" e, quindi, "giusta" (M. Taruffo, *sub art. 115*, in A. Carratta e M. Taruffo, *Dei poteri del giudice. Commentario al codice di procedura civile* a cura di F. Chiarloni, Bologna, Zanichelli – Il Foro Italiano, 2011, p. 473).

solo nell'accertamento fattuale ma, prima ancora, nella selezione e nell'acquisizione dei fatti[972].

Principale difetto di tale modello è la compressione del contraddittorio e, soprattutto, una (a volte forte) compressione dell'imparzialità giudiziale[973].

Per contro, nel processo informato al principio dispositivo, il giudice conosce i fatti soltanto entro i limiti delle allegazioni delle parti non potendo da un lato, acquisire elementi ulteriori e, dall'altro, ricorrere alla propria scienza privata.

Il principale limite del modello dispositivo è il rischio di una cognizione parziale nel senso che, per un verso, possono entrare nel processo soltanto i fatti allegati dalle parti e, per l'altro, possono ritenersi provati soltanto i fatti di cui le parti abbiano addotto elementi dimostrativi idonei a convincere il giudice. L'esito del giudizio (o *verità processuale*) potrebbe essere molto diverso (od addirittura opposto) da *come si sono svolti davvero i fatti* (*verità oggettiva*).

Peraltro ed a ben vedere, neppure fuori dal processo esiste la certezza assoluta né si può aspirare a raggiungerla. Ciò in ragione dei ben noti limiti della nostra capacità cognitiva tale per cui, anche in campo metagiuridico, la dimostrazione va sempre modulata in termini di probabilismo logico[974].

In termini non dissimili da ogni altro sistema processuale, anche nel processo tributario la conoscenza dei fatti da parte del giudice è influenzata dalla natura dell'istruttoria.

In modo però ben più marcato rispetto ad altri sistemi processuali (come, ad es., quello civile), nel nostro processo è peculiare il fatto che il giudizio sia nella maggior parte dai casi preceduto da un'attività istruttoria svolta in sede amministrativa ed informata a logiche ben diverse da quella di accertare la verità.

[972] Prendendo in considerazione l'ambito civilistico, si pensi al procedimento volto all'adozione di provvedimenti che riguardano i figli minori della coppia, caratterizzato da rilevanti connotati inquisitori per disporre il giudice di poteri che trascendono le allegazioni di parte: cfr. art. 331-*octies*, c.c. Anche nell'ambito del giudizio fallimentare, sotto la vigenza del r.d. 16 marzo 1942, n. 267, sono individuabili chiari connotati inquisitori (cfr. ad es. art. 15, comma 6 r.d. n. 267/1942).

[973] E. T. Liebman, *Fondamento del giudizio dispositivo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1960, pp. 551 ss. Si vedano, comunque, le osservazioni svolte in merito da (M. Taruffo, *sub art. 115*, in A. Carratta e M. Taruffo, cit., pp. 470 ss.).

[974] Si rinvia *funditus* a G. M. Cipolla, *La prova tra procedimento e processo tributario*, Padova, CEDAM, 2005, *passim* e, segnatamente, al primo capitolo.

2. Giudizio di fatto tra procedimento e processo tributario.

Il processo tributario è disciplinato – come è noto – dal decreto delegato 31 dicembre 1992 n. 546, trovando nel coevo decreto delegato n. 545 le disposizioni regolatrici (anche) della composizione delle Commissioni tributarie.

L'ambito di applicazione dell'uno e dell'altro decreto è il giudizio di merito, restando il giudizio di legittimità regolato dalle norme del codice di rito senza nessuna peculiarità sia pure con riguardo alla materia tributaria. Il rinvio operato dall'art. 62 d.lgs n. 546/1992 agli artt. 360 ss. c.p.c. è pieno e senza limitazione alcuna.

Il modello di riferimento, già nel prisma delle opzioni operate *ex positivo jure* (art. 1, comma 2 d.lgs. n. 546/1992), è il processo civile. In caso di lacuna, nel giudizio tributario si applicano – se compatibili – le disposizioni del codice di procedura civile[975].

La scelta del processo civile non è casuale, ma non è neppure esclusiva.

Non è casuale in quanto l'obbligazione tributaria, pur essendo l'obbligazione pubblica per antonomasia (verrebbe da dire), si risolve sempre in un rapporto di debito/credito. In via di principio, ben si possono ritenere applicabili all'ordinamento tributario le disposizioni sostanziali e processuali previste (a tacer d'altro, dal c.c. e dal c.p.c.) per le obbligazioni di diritto privato.

Non è poi esclusiva in quanto il processo tributario, non diversamente questa volta dal processo amministrativo, mantiene una struttura impugnatoria[976].

La natura impugnatoria del processo tributario o, il che è lo stesso, l'assunzione a presupposto processuale di un provvedimento amministrativo lesivo dell'integrità patrimoniale del contribuente, comporta che nel processo l'allegazione dei fatti è condizionata dal provvedimento oggetto di impugnazione.

L'oggetto del processo tributario è delimitato dal contenuto dell'atto impugnato e, in particolare, dalla sua motivazione. È quest'ultima che individua le ragioni in fatto ed in

---

[975] Sui rapporti tra processo civile e processo tributario cfr, tra gli altri, A. Chizzini, *I rapporti tra codice di procedura civile e processo tributario*, in F. Tesauro (a cura di), *Il processo tributario*, Torino, G. Giappichelli, 1998, p. 3 ss. e spec. p. 18 ss.

[976] Cfr., tra gli altri, già F. Tesauro, *ll processo tributario tra modello impugnatorio e modello dichiarativo*, in *Rass. Trib*, 2016, pp. 1036 ss.; G. M. Cipolla, *Processo tributario e modelli di riferimento: dall'onere di impugnazione all'impugnazione facoltativa*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2012, pp. 957 ss. ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici, nonché per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali.

diritto della pretesa e che, in tal modo, assolve alla funzione di perimetrare il *thema decidendum* di un contenzioso ancora da venire[977]. Ed è ancora in rapporto alla motivazione dell'atto che l'oggetto del processo verrà delimitato anche dai motivi del ricorso (art. 18, comma 2, lett. e) d.lgs. n. 546/1992).

La cognizione giudiziale dei fatti è in tal modo strettamente collegata alla ricostruzione operata nell'atto amministrativo.

Ciò spiega (o dovrebbe spiegare essendo, purtroppo, divenuto l'alibi per tenere in piedi l'attuale assetto) la peculiare struttura delle Commissioni tributarie i cui componenti non sono soltanto magistrati ma ben possono essere, tra gli altri, anche avvocati, ex ufficiali della Guardia di Finanza, ragionieri, periti commerciali, architetti, geometri, periti edili ed industriali, periti agrari, dottori in agronomia ed in agraria (art. 4 d.lgs. n. 545/1992).

Lasciamo alle riflessioni dell'attento lettore quale possa essere, pur con tutta la diligenza e l'onestà intellettuale possibili, di un giudice che abbia per anni esercitato (o continui ad esercitare) ben altre funzioni ed abbia ricoperto (o continui a ricoprire) ben altri ruoli. Quando poi il giudice svolga contemporaneamente ben altre attività la mancanza di esclusività del suo ruolo rischia di comprimere a volte in maniera fin troppo disinvolta l'esercizio della sua funzione.

La composizione (per così dire) *mista* delle Commissioni tributarie è il retaggio di un approccio tradizionale in cui si riteneva necessario che le Commissioni fossero composte da soggetti preparati non solo sul piano giuridico ed economico, ma anche in tutte quelle materie che potevano riguardare i *giudizi di fatto* formulati dall'A.f.: a cominciare dalla ragioneria passando per le conoscenze dei geometri e degli architetti (es., nelle liti catastali) a quelle dei periti agrari (es., nelle liti riferite ai redditi de terreni e dei fabbricati).

3. Allegazione dei fatti e poteri istruttori del giudice tributario.

3.1. Accertamento fattuale ed istruttoria giudiziale.

In un primo momento storico, la natura del processo tributario è apparsa ibrida nel senso che al principio dispositivo si riteneva si affiancassero profili peculiari del modello

[977] Tra le tante, Cass. sez. V, 29 marzo 2019, n. 8854; sez. V, 4 dicembre 2019, n. 31606.

inquisitorio[978].

Diversi fattori concorrevano a tale assetto: segnatamente, la permeabilità del processo alla fase istruttoria procedimentale e, ancor di più, l'attribuzione al giudice tributario *ex positivo jure* delle stesse facoltà «di accesso, di richiesta di dati, di informazioni e chiarimenti, conferite agli uffici tributari delle singole leggi di imposta» (v. già l'art. 35, comma 1 DPR 26 ottobre 1972, n. 636 successivamente abrogato).

Argomentando dall'ampiezza e dalla natura di tali poteri (non poteri istruttori qualsiasi, ma gli stessi, identici poteri attribuiti all'A.f.), si perveniva alla conclusione che il giudice tributario potesse esercitare tali *facoltà* d'ufficio. Tanto bastava ad evocare una natura prevalentemente inquisitoria del processo quanto meno sul piano della dimostrazione dei fatti controversi[979] se non - nelle letture più spinte – anche su quello dell'allegazione fattuale[980].

Una volta liberato il contenzioso dai retaggi della sua natura amministrativa per riconoscere anche a quello tributario la dignità di processo, una volta superato il mito della *presunzione di legittimità* dell'atto amministrativo ed acquisita la consapevolezza che accertare un'imposta non è poi così tanto diverso da accertare una qualsiasi altra obbligazione, una volta ancora avvertita l'esigenza che anche il giudice tributario debba essere (nel prisma dell'art. 111, comma 2 Cost. come novellato dalla legge cost. 23 novembre 1999, n. 2) terzo ed imparziale, anche l'istruttoria processuale è stata ricondotta nel suo alveo corretto.

Il riferimento normativo «ai fini istruttori» inserito non casualmente nel testo dell'art. 7, comma 1 d.lgs. n. 546/1992 viene così a rappresentare un inequivoco segnale per confinare i pur penetranti e numerosi poteri istruttori attribuiti (anche da tale norma) alle Commissioni tributarie nel solco esclusivo della ricostruzione fattuale e non anche in quello dell'allegazione.

Gli stessi poteri istruttori, pur più numerosi ed incisivi di quelli attribuiti al giudice civile[981],

---

[978] Sulla contaminazione del modello dispositivo da parte di quello inquisitorio cfr. L. P. Comoglio, *Istruzione probatoria e poteri del giudice nel nuovo processo tributario*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1994, pp. 51 ss. In termini critici, nel senso della prevalenza del modello dispositivo su quello inquisitorio nella delimitazione tanto dell'oggetto quanto dei temi di prova (senza però per questo escludere la presenza di connotati inquisitori), v. R. Schiavolin, *Le prove*, in F. Tesauro (a cura di), *Il processo tributario*, cit., spec. p. 491.

[979] Cfr. R. La Rosa, *L'istruzione probatoria nella nuova disciplina del processo tributario*, in *Boll. Trib.*, 1993, pp. 870 ss.; I. Manzoni, *Potere d'accertamento e tutela del contribuente nelle imposte dirette e nell'Iva*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 25; V. Bellagamba, *Il nuovo contenzioso tributario*, Torino, Utet, 1993, pp. 65 ss.

[980] C. Glendi, *I poteri del giudice nell'istruttoria del processo tributario*, in *RTPC*, 1985, I, pp. 906 ss.

[981] Anche gli studi comparatistici dimostrano che negli ordinamenti giuridici stranieri (come, ad es., quello francese) l'attribuzione al giudice civile di poteri istruttori numerosi e penetranti ben può coesistere con la

sono esercitabili non discrezionalmente o, peggio, arbitrariamente, ma solo ed esclusivamente per sopperire alle difficoltà probatorie in cui la parte tenuta ad assolvere l'onere di prova si trova per causa ad essa non imputabile.

Anche la vicenda che ha interessato l'abrogazione dell'art. 7, comma 3 d.lgs. n. 546/1992 e le soluzioni operative indicate dalla dottrina[982], prima, e recepite dalla Corte Costituzionale[983] e dalla S.C.[984], dopo, sono una riprova della natura dispositiva (anche in senso formale) del processo tributario e della sua permeabilità ai principi ed alle norme del codice di rito come, nel caso dell'acquisizione documentale, è a dire per il disposto dell'art. 210 c.p.c.[985].

3.2. Accertamento fattuale ed imparzialità del giudice tributario.

Nel prisma del principio di imparzialità dettato dall'art. 111, comma 2 Cost., sorgono forti dubbi sulla legittimità costituzionale dell'art. 7, comma 2 d.lgs. n. 546/1992 laddove tale norma attribuisce ancora alle Commissioni tributarie il potere di «richiedere apposite relazioni ad organi tecnici» «quando occorre acquisire elementi conoscitivi di particolare complessità».

Le criticità scaturiscono proprio dalla facoltà del giudice di richiedere tali *relazioni* agli stessi uffici tributari o, addirittura, per espresso dettato normativo, ad una forza di polizia qual è la Guardia di Finanza.

Fermo naturalmente il potere del giudice di disattendere le risultanze delle relazioni,

---

natura dispositiva del processo: M. Taruffo, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in AA.VV., *Le prove nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 62 ss.

[982] G. M. Cipolla, *Sulla ripartizione degli oneri probatori nel processo tributario tra vecchi (quanto, forse, ormai tardivi) sviluppi giurisprudenziali e recenti modifiche normative*, in *RT*, 2006, pp. 594 ss. *Id*., più recentemente, *Il giudice tributario può acquisire d'ufficio le prove dei fatti costitutivi della pretesa erariale? Un pericoloso* obiter dictum *della Cassazione*, in *GT-Rivista di giurisprudenza tributaria*, 2012, pp. 691-698.

[983] Corte Cost., 29 marzo 2007, n. 109, in *GT-Rivista di giurisprudenza tributaria*, 2007, pp. 745 ss. con nota di F. Battistoni Ferrara, *La prova nel processo tributario: riflessioni alla luce delle più recenti manifestazioni giurisprudenziali*.

[984] Cass., sez. V, ord. 19 aprile 2017, n. 9818.

[985] L'esibizione della prova nel processo civile, del resto, è concepita in modo da escludere che la parte possa instare per l'esibizione a scopi puramente esplorativi (sul punto B. Cavallone, voce *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, vol. VII, Torino, 1991, spec. pp. 670 ss.). Dal che ne consegue che il potere del giudice di ordinare la produzione del documento non ha alcuna valenza *suppletiva*, rimanendo ferma l'applicazione della regola di giudizio fondata sull'onere di prova.

affidare ad organi amministrativi (tra i quali, per di più, gli stessi organi che sono deputati ad effettuare i controlli fiscali) il compito di redigerle significa svilire il ruolo e la funzione dell'istruttoria processuale finendo per appiattirne le risultanze su quella amministrativa[986].
Significa pure e prima ancora, allorché il giudice sia poco propenso (per scelta o per distrazione) a disattendere i risultati di tali relazioni, rimettere la decisione processuale alle determinazioni assunte dalla p.a. o, peggio ancora, dalla p.t.
Pur dopo la costituzionalizzazione del giusto processo, manca ancora un intervento normativo che faccia giustizia di un vecchio retaggio storico[987].

3.3. Accertamento fattuale e divieto di prova testimoniale.

In un sistema processuale, qualunque esso sia, l'ordinamento dovrebbe tendere ad ampliare il più possibile i mezzi di prova a disposizione delle parti e del giudice. Sarà poi quest'ultimo, in base al contesto storico di riferimento ed alla sua *sensibilità* ed al suo buon senso, a valutare quali ammettere o a stabilire quali mezzi disporre *ex officio*.
Se il processo è funzionale a rendere giustizia è scontato (diremmo, banale) il rilievo che l'obbiettivo non è fare giustizia purché sia ma emettere una sentenza che ricostruisca nel modo più accurato possibile i fatti controversi.
Vietare un mezzo di prova è una sorta di intervento *ad excludendum* da limitare il più possibile perché si risolve nel privare le parti ed il giudice di uno strumento potenzialmente idoneo ad accertare la verità.
Come tutte le norme, anche quella che interviene così pesantemente nell'area del giudizio di fatto deve essere conforme ai precetti costituzionali e, in particolare, trattandosi di una norma processuale, agli artt. 3, 24, comma 2 e 111, commi 1 e 2 Cost.
Nel prisma dei richiamati precetti costituzionali è fortemente dubbia la legittimità costituzionale del divieto posto dall'art. 7, comma 4 d.lgs. n. 546/1992 di escutere testi.

---

[986] Sulle problematiche poste dall'art. 7, comma 2 d.lgs. 546/1992 cfr. P. Russo, *Problemi vecchi e nuovi del processo tributario*, in *Rass. Trib.*, 1996, pp. 534 ss.; R. Schiavolin, *Sulla legittimità costituzionale della disciplina relativa all'integrazione della conoscenza tecnica del giudice tributario*, in *Rass. Trib.*, 1990, pp. 947 ss.; G. M. Cipolla, *La prova nel diritto tributario*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2009, pp. 545 ss.
[987] La norma in esame riproduce quanto già disposto dall'art. 35, comma 3 DPR n. 636/1972.

Abbiamo già stigmatizzato in altre sedi[988] il corto circuito in cui si è avvitata la Corte Cost. nella sentenza 21 gennaio 2000, n. 18.

Con tale pronunzia – come è purtroppo ben noto – il giudice delle leggi ha voluto salvare la costituzionalità di tale norma in ragione di un'asserita natura scritta e documentale del processo tributario ma finendo, in tal modo, con lo scambiare la causa con l'effetto.

La stessa soluzione prospettata dalla Consulta nella richiamata sentenza e sposata dalla S.C. anche nella giurisprudenza più recente (*in est*, depotenziare l'efficacia dimostrativa delle dichiarazioni di terzi raccolte in sede istruttoria dall'A.f. e riconoscere al privato la facoltà di versare lui stesso nel processo dichiarazioni scritte rilasciate da terzi ed aventi, al pari di quelle raccolte dall'A.f., aventi valore indiziario)[989] finisce con l'essere un pannicello caldo inidoneo a rimediare ad un divieto privo di giustificazione alcuna.

A ben vedere tale soluzione, se supplisce (o, almeno, tenta di supplire) al *deficit* informativo del giudice (che viene, quindi, a conoscenza dei fatti mediante il veicolo delle dichiarazioni di terzi) non supplisce ad un eventuale *deficit* probatorio: diversamente dall'A.f. la quale è fornita di poteri amministrativi per raccogliere informazioni presso terzi, il contribuente deve soltanto sperare nella loro spontanea collaborazione[990].

Quand'anche poi il contribuente riuscisse a versare in giudizio tali dichiarazioni, l'impossibilità di escutere i testi nel contraddittorio delle parti impedisce al giudice ed alle parti stesse la possibilità di valutarne l'attendibilità.

4. Allegazione dei fatti ed onere della prova.

4.1. Fatti controversi e divieto di *non liquet*.

Non diversamente dal processo civile, nel processo tributario il criterio guida di ripartizione

[988] Tra le altre, G. M. Cipolla, (voce) *Prova (diritto tributario)*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. comm.*, Torino, Aggiornamento, vol. IV, 2008, p. 760 ss.

[989] Cass. sez. V, 16 aprile 2008, n. 9958; da ultimo Cass. sez. V, 2 ottobre 2019, n. 24531.

[990] Secondo una parte della dottrina una possibile soluzione alla problematica di cui al testo potrebbe esser fornita dalla c.d. testimonianza scritta di cui all'art. 257-*bis* c.p.c. In argomento cfr. A. Giovannini, *Recepimento e limiti dei princìpi "superiori" nel processo tributario*, in *Rass. Trib.*, 2017, pp. 344 ss.; A. Marcheselli, *Riforma del rito civile, testimonianza scritta e giusto processo tributario*, in *Giust. Trib.*, 2009, pp. 232 ss.; C. Glendi, *Nuova disciplina del processo civile di cognizione e processo tributario*, in *Corr. Trib.*, 2010, pp. 2957 ss.

degli oneri probatori riflette la posizione sostanziale rivestita dalle parti: chi si assume nel processo titolare di una pretesa è tenuto a dimostrarne i fatti costitutivi; se avrà assolto il proprio onere, la controparte a sua volta dovrà fornire la prova dei fatti impeditivi, estintivi e modificativi.

L'assunzione della veste sostanziale delle parti quale criterio regolatore degli oneri di prova va letta nell'ottica della "nuova" concezione del nostro processo rispetto a quella, un tempo imperante, fortemente influenzata dalla presunzione di legittimità degli atti amministrativi. Da tale presunzione, a sua volta, scaturivano due corollari entrambi nefasti: l'onere di prova a carico del contribuente[991], ed il meccanismo del *solve et repete*[992].

Tramontata la presunzione di legittimità dell'atto a seguito di una (non a caso storica) pronuncia della S.C.[993] ed espunto dall'ordinamento il *solve et repete*[994], il giudizio tributario è sempre meno contenzioso e sempre più processo in cui il creditore (ancorché di diritto pubblico) prova ed il debitore controprova: se il contribuente riveste pur sempre il ruolo di attore in senso *formale* per impugnare lui l'atto, spetta comunque (e come criterio generalissimo) all'ente impositore l'onere di provare i fatti costitutivi della pretesa fiscale[995].

Il ricorso alla regola di giudizio fondata sull'onere di prova è il precipitato logico-giuridico di un sistema processuale informato al principio (di civiltà giuridica) tale per cui il giudice è tenuto sempre a dare risposta al soggetto che a lui si rivolge. Principio, quest'ultimo, che trova il suo fondamento normativo e la sua tutela nell'art. 112 c.p.c. applicabile *de plano* anche al processo tributario.

---

[991] Anche la dottrina che, a suo tempo, arrivava a spingersi nel riconoscere l'incombenza dell'onere di prova sul contribuente e sulla A.f. finiva per riconoscere che al primo era richiesto un livello di prova superiore: cfr. M. Pugliese, *La prova nel processo tributario*, Milano, Cedam, 1939, p. 19.

[992] Per un'accesa critica anche sul piano costituzionale v. G. A. Micheli, *Presupposti costituzionali del «Solve et Repete»*, in *Studi Parmensi*, 1950, pp. 231 ss.

[993] Cass., SS. UU., 23 maggio 1979, n. 2990. In argomento si rinvia a G. M. Cipolla, *L'onere della prova*, in F. Tesauro (a cura di), *Il processo tributario*, cit., pp. 532 ss.

[994] Corte Cost., 22 dicembre 1961, n. 79 con la quale venne dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2 della legge 20 marzo 1865, n. 2248.

[995] Riferimenti, tra gli altri, in G. M. Cipolla, *Riflessioni sull'onere della prova nel processo tributario*, in *Rass. Trib.*, 1998, p. 3 ss.; F. Tesauro, *Riflessi sul processo tributario delle recenti modifiche al codice di procedura civile*, in *Rass. Trib.*, 2010, pp. 962 ss.; G. Ingrao, *La prova nel processo tributario e la valutazione del contegno delle parti*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2006, pp. 289 ss.

4.2. Fatti controversi e preclusioni probatorie.

Il riparto degli oneri probatori non è ancora del tutto equilibrato continuando le regole sottese all'istruttoria procedimentale per condizionare la ricostruzione storica da compiere nel processo.

Sussistono diverse norme che pongono a carico del contribuente il divieto di fare ricorso a specifici mezzi di prova per assolvere il proprio onere. Si pensi, ad esempio, a quanto dispongono, l'art. 32, comma 3 DPR 22 settembre 1973, n. 600 [996] e l'art. 52, comma 5 DPR 26 ottobre 1972, n. 633[997].

Si tratta, più precisamente, delle ben note *preclusioni probatorie*, che pongono invero problematiche delicate circa la loro compatibilità con i canoni del giusto processo.

In questa sede[998] è sufficiente ribadire che l'impossibilità da parte del contribuente di allegare determinati elementi può riflettersi, simmetricamente, nell'impossibilità per il giudice di pervenire ad una ricostruzione attendibile dei fatti controversi.

Tali preclusioni hanno a fondamento la regola di esperienza tale per cui se un soggetto non è stato in grado di produrre un documento entro il termine assegnato dall'organo di controllo vuol dire che quel documento non esiste e che il documento successivamente esibito non è attendibile perché contraffatto.

A ben vedere, però, una cosa è sostenere che la condotta del contribuente è censurabile sul piano della collaborazione all'attività istruttoria svolta dall'organo di controllo, ben altro è vietare al contribuente di difendersi in giudizio avvalendosi di determinati elementi.

Nel primo caso, il giudice ben può valutare i fatti alla luce del comportamento tenuto in sede stragiudiziale da una parte (e ricavarne un argomento di prova sulla falsariga di quanto dispone, con riguardo al contegno processuale delle parti, l'art. 116, comma 2 c.p.c.); nel secondo caso, invece, al giudice è precluso in radice l'accesso a quei mezzi di prova.

Proprio tali criticità spiegano il motivo per il quale le preclusioni probatorie vanno applicate

---

[996] «Le notizie ed i dati non addotti e gli atti, i documenti, i libri ed i registri non esibiti o non trasmessi in risposta agli inviti dell'ufficio non possono essere presi in considerazione a favore del contribuente, ai fini dell'accertamento in sede amministrativa e contenziosa».

[997] «I libri, registri, scritture e documenti di cui è rifiutata l'esibizione non possono essere presi in considerazione a favore del contribuente ai fini dell'accertamento in sede amministrativa e contenziosa».

[998] Si rinvia *funtidus* a G. M. Cipolla, *La prova*, cit., pp. 332 ss.

con prudenza[999], escludendone la loro applicazione automatica[1000].

Ancor meno condivisibile è prevedere una preclusione non solo sul piano documentale, ma anche (e soprattutto) avente ad oggetto «dati e notizie» secondo quanto dispone il richiamato art. 32, comma 3 DPR n. 600/1973.

In tal caso, la spiegazione - che pure può essere fornita per ammettere la ragionevolezza di una preclusione documentale - regge ancora meno. Anche in ragione della circostanza che spesso l'istruttoria amministrativa è svolta a distanza di anni rispetto a quello in cui il fatto storico è accaduto, non è peregrina l'ipotesi che il dato o la notizia non siano forniti non perché il contribuente non intenda collaborare ma perché, molto più semplicemente, non li ricordi oppure perché non sia in grado di utilizzarli per causa a lui non imputabile[1001].

4.3. Fatti controversi e presunzioni legali.

Anche quando poi il giudice riuscisse ad acquisire tutti i fatti rilevanti ai fini della decisione, non sempre la sua decisione potrà fondarsi sul principio del libero convincimento (art. 116, comma 1 c.p.c.).

È quanto si verifica in presenza delle presunzioni legali.

Nel dispensare «da qualunque prova coloro a favore dei quali esse sono stabilite» (art. 2728 c.c.), le presunzioni legali producono l'effetto di vincolare il giudice a considerare *provato* il fatto ignoto.

---

[999] Tenendo, cioè, anche conto degli oggettivi impedimenti in cui può essere incorso il contribuente: R. Lupi, *Manuale professionale di diritto tributario*, Milano, Ipsoa, 2011, p. 276.

[1000] Tra i diversi contributi in merito cfr. M. Trivellin, *Mancata o tardiva risposta agli inviti dell'ufficio: limiti della corretta applicazione del metodo induttivo*, in *Rass. Trib.*, 2012, pp. 745 ss.; A. Marcheselli, *Accertamenti tributari e difesa del contribuente*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 58 ss. Un recente quadro d'insieme – specie con riferimento al rapporto tra presunzioni probatorie e principio di proporzionalità – è rinvenibile in F. Montanari, *La prevalenza della sostanza sulla forma nel diritto tributario*, Milano, Cedam, 2019, p. 306 ss.

Per parte sua, la giurisprudenza di legittimità è pacifica nel sostenere che la preclusione di cui all'art. 52, comma 5 DPR n. 633/1973 in tanto scatta in quanto la richiesta istruttoria sia specifica ed in quanto il contribuente sia previamente avvisato delle conseguenze della mancata collaborazione: tra le altre, Cass., sez. V, 29 gennaio 2019, n. 2388; Id., sez. V, 18 aprile 2017, n. 10527.

[1001] Nella seconda delle due ipotesi richiamate nel testo la previsione dell'art. 32, ult. comma DPR n. 600/1973 di subordinare l'utilizzabilità del dato o della notizia non forniti in risposta all'esercizio di un potere istruttorio alla dimostrazione che quel dato o quella notizia non sono stati forniti per causa non imputabile al privato è insufficiente finendo con l'addossare al contribuente un onere di prova che non solo può risultare di difficile assolvimento ma che non copre neppure tutte quelle situazioni in cui il contribuente non ha fornito dati o notizie.

L'esistenza del fatto ignoto potrà essere messa in discussione mediante la produzione di prova contraria, nel caso delle presunzioni relative, oppure costituirà una *verità* (ma dovremmo più esattamente dire un *dogma*) che non potrà essere contraddetta, nel caso delle presunzioni assolute[1002].

L'ampia incidenza che hanno le presunzioni legali nel processo tributario si spiega, anche in tal caso, in ragione delle esigenze sottese all'istruttoria procedimentale: agevolare il compito dell'A.f. di chiudere il procedimento mercé l'emissione del provvedimento finale[1003].

L'*arrière pensée* da cui l'ordinamento prende le mosse è la circostanza che l'A.f. (al pari, va da sé, di qualsiasi altro ente impositore) è *terzo* rispetto al tema di prova e non ha mai una conoscenza diretta degli elementi che disvelano (o possono disvelare) la ricchezza del contribuente. Per bilanciare tale deficienza conoscitiva (assolutamente fisiologica), interviene il legislatore dando per provata l'esistenza (o l'inesistenza) del fatto ignoto una volta che sia raggiunta la prova del fatto noto indiziante.

Gli esempi sono molteplici e ben noti: si pensi al caso delle presunzioni di cessione ed acquisto dei beni non reperiti nei luoghi in cui il contribuente svolge la propria attività economica (artt. 1 e 3 della legge 10 novembre 1997, n. 441); a quello delle c.d. presunzioni bancarie (art. 32, comma 1, n. 2) DPR n. 600/1973) o alla presunzione di esistenza di denaro e mobilia nell'attivo ereditario (art. 9 d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 346).

Le presunzioni comportano un alleggerimento (piuttosto che uno spostamento) dell'onere di prova e, prima ancora, una facilitazione dell'obbligo di motivazione posti (l'uno e l'altro) a carico dell'ente pubblico creditore del tributo.

Nel contempo e per l'effetto, però, finiscono irrimediabilmente con il condizionare il processo cognitivo del decidente. Il giudice dovrà considerare come provati i fatti oggetto di presunzioni, esprimendo quest'ultime – secondo un'esegesi fin troppo accondiscendente e benevola – una «verità giuridica avente come substrato fatti reali di difficile

[1002] Proprio per le ragioni illustrate nel testo si pone la questione della natura sostanziale o processuale delle presunzioni. Su tale questione si rinvia, in generale, a R. Sacco, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1957, pp. 399 ss.; G. Verde, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, Editore Jovene, 1974, pp. 155 ss. Con specifico riguardo all'ordinamento tributario si rinvia, invece, a G. M. Cipolla, *La prova*, cit., pp. 626 ss.

[1003] R. Lupi, *Metodi induttivi e presunzioni nell'accertamento tributario*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 76 e prima ancora J. Tivaroni, *Metodi di accertamento della ricchezza imponibile: ricerche di diritto finanziario*, Torino, UTET, 1912, p. 163. Sulla inferiorità conoscitiva dell'A.f. in generale si veda pure S. La Rosa, *Metodi di accertamento e riforma tributaria*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 1978, pp. 216 ss.

accertamento»[1004].

La *verità giuridica* potrebbe non rappresentare affatto la verità oggettiva: i beni non presenti nei locali dell'imprenditore potrebbero non esser stati *realmente* ceduti a titolo oneroso; l'imprenditore potrebbe aver prelevato denaro in banca senza per questo aver *realmente* prodotto *ex post* ricavi *in nero* di pari importo; nell'asse ereditario potrebbe non esserci *realmente* denaro o mobilia.

Fintanto che il contribuente è ammesso a provare il contrario, la *verità giuridica* può essere disinnescata e la decisione finale potrà avvicinarsi (quanto più possibile) al reale accadimento dei fatti.

Allorché per contro la presunzione è assoluta, la *verità giuridica* potrà divergere da quella oggettiva senza che il giudice possa discostarsene.

Se è vero – in termini generali e come insegna la filosofia della scienza – che il grado di probabilità di un'ipotesi può essere determinata in base alla sua *forza di resistenza* rispetto ad una contro-ipotesi[1005], è altrettanto vero che nel caso delle presunzioni tale relazione è destinata, in tutto od in parte, a venir fatalmente meno.

Proprio l'immanenza di presunzioni legali numerose e non sempre ragionevoli spiega perché nel processo tributario, più che in altri sistemi processuali, la persuasione non rappresenta necessariamente un connotato del concetto giuridico di prova[1006] e, prima ancora, del giudizio di fatto.

5. Conclusioni.

Nella loro evoluzione storica le Commissioni tributarie sono state considerate ora come organi giurisdizionali, ora come organi amministrativi[1007]. Persino l'orientamento della Corte Costituzionale è stato, al riguardo, assai ondivago e foriero anche di errate

[1004] Corte Cost. 12 luglio 1967, n. 109.

[1005] Secondo l'equazione di Hempel (in argomento si veda E. Fassone, *Le scienze come ausilio nella ricerca del fatto e nel giudizio di valore*, in L. De Cataldo Neuburger, *La prova scientifica nel processo penale*, CEDAM, Padova, 2007, p. 248; Id., *La valutazione delle prove nei processi di mafia*, in *Quest. Giust.*, 2002, pp. 260, ss.), posto *p* come il "grado di probabilità" dell'ipotesi *H*, *R* come la capacità di resistenza alla contro-ipotesi e *K* come il nucleo di informazioni coerenti con l'ipotesi, si avrà che: $pHK = R$. Il che è come dire che più informazioni coerenti esistono più l'ipotesi diviene "forte" rispetto all'eventuale contro-ipotesi.

[1006] Si richiamano in questa sede, *mutatis mutandis*, le conclusioni cui è giunto a suo tempo con riguardo al processo penale F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 949.

[1007] Cfr., per tutti, F. Tesauro, *Manuale del processo tributario*, Torino, UTET, 2017, p. 1 ss.

impostazioni metodologiche[1008].

Anche in ragione della genesi di tali Commissioni e della loro travagliata natura si comprende la stretta interrelazione ancora oggi esistente tra istruttoria procedimentale ed istruttoria processuale.

Un'influenza dell'una istruttoria sull'altra non è di, per sé, da stigmatizzare. È anzi connaturata ad un processo che mantiene, a dispetto delle fughe in avanti più o meno meditate e più o meno coerenti operate dalla giurisprudenza di legittimità, una connotazione impugnatoria.

L'auspicio è che la natura impugnatoria del processo e, prima ancora, la presenza a monte di un'istruttoria primaria amministrativa rispetto ad un'istruttoria (temporalmente secondaria) processuale non costituiscano altrettanto alibi per il legislatore e per lo stesso giudice tributario per discostarsi dal modello di giusto processo costituzionale per come ritraibile dall'art. 111, commi 1 e 2 Cost..

Abstract: L'articolo esamina il rapporto tra verità *oggettiva* e poteri del giudice nel processo tributario. In particolare, vengono passati in rassegna diversi istituti che alterano la posizione paritaria delle parti nel processo ovvero incidono sulla (e limitano la) cognizione che il giudice ha dei fatti

Abstract: Concerning the Tax Process, the paper examines the relationship between the *objective* truth and the powers of courts. More precisely, the work analyzes some provisions that alter the procedural equality or restrict the judicial knowledge of the facts.

Parole chiave: processo tributario – verità processuale – giudizio di fatto – poteri istruttori – onere della prova – presunzioni legali – preclusioni probatorie.

Key words: tax process – legal truth – assessment of the facts – investigative powers – burden of proof – legal presumptions – evidence prohibitions.

[1008] Per un esempio di come la controversa natura delle Commissioni abbia inciso sugli effetti temporali della sentenza di incostituzionalità della norma che – a suo tempo – vietava la pubblicità delle udienze nel processo tributario cfr. Corte Cost. 16 febbraio 1989, n. 50. In argomento cfr. C. Consolo, *Ancora sugli effetti nel tempo delle sentenze costituzionali: il caso della sentenza n.50 del 1989. Una incoerenza della Corte nella vicenda perenne della natura giurisdizionale delle Commissioni tributarie ed un'occasione sbagliata per sperimentazioni*, in *Giur. It*, 1989, pp. 353 ss.

OSSERVAZIONI SULLA COGNIZIONE DEL GIUDICE DEL LAVORO ATTRAVERSO I POTERI ISTRUTTORI OFFICIOSI*.

di Pasquale Passalacqua**

Sommario. A) *L'analisi al presente*. 1. Introduzione: l'indagine sulla cognizione oggettivizzata del giudice del lavoro. – 2. Le peculiarità del rito del lavoro: la funzione dei poteri istruttori del giudice ex artt. 421 e 437 c.p.c. – 3. Il difficile equilibrio tra poteri istruttori e principio dispositivo nei percorsi della giurisprudenza. – 3.1. Dalla valenza soggettiva a quella oggettiva dei poteri istruttori del giudice del lavoro. – B) *La sintesi tra passato e futuro*. 4. Spunti dal passato dall'esperienza dei probiviri: le regole sulla cognizione "tecnica" tra giudizio di equità e giudizio di diritto. – 5. Prospettive per il futuro prossimo: l'auspicata esportabilità dell'assetto del processo del lavoro nel rito ordinario civile.

A) *L'analisi al presente.*

1. Introduzione: l'indagine sulla cognizione oggettivizzata del giudice del lavoro.

Un'indagine che abbia come sfondo e linea guida quella dei processi cognitivi e della cognizione giurisdizionale non può che chiamare in campo la figura del giudice nella ricerca della verità: si tratta della "meta verità" che emerge dai sattiani "misteri del processo"[1009].

Così, dall'angolo visuale del giuslavorista, calato sul contratto di lavoro che "per il lavoratore riguarda e garantisce l'essere, il bene che è condizione dell'avere e di ogni altro bene"[1010], vorrei soffermarmi e offrire qualche osservazione sui processi cognitivi del giudice del lavoro indotti dalle peculiari norme tecniche sulla cognizione giurisdizionale, in particolare quelle sui poteri istruttori officiosi.

Sia consentita una premessa: in accordo con i risultati della scienza dell'interpretazione, un discorso sull'attività cognitiva del giudice non può, a mio avviso, toccare l'analisi dei

---

* *Sottoposto a referaggio*.

** Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

[1009] S. Satta, *Il mistero del processo*, Milano, Adelphi, 1994.

[1010] F. Santoro Passarelli, *Spirito del diritto del lavoro*, in *Rivista di Diritto del lavoro*, 1948, I, p. 5.

processi mentali del giudice, in quanto parte del soggetto e come tali insondabili, almeno in una prospettiva di analisi giuridica.

Si tratta, invece, di porre l'attenzione sul portato oggettivo dell'attività cognitiva del giudice, che si risolve appunto non in un'attività cognitiva di una realtà oggettiva, solo da *inventare*, ma in un'attività decisoria, in quanto frutto di una scelta tra molteplici opzioni riscontrabili, appunto, filtrate nel nostro caso attraverso le peculiari regole del processo del lavoro[1011].

Il *focus* della presente indagine è, quindi, la decisione giudiziale sotto il profilo dell'influenza che le peculiari regole del processo del lavoro possono produrre su di essa.

2. Le peculiarità del rito del lavoro: la funzione dei poteri istruttori del giudice ex artt. 421 e 437 c.p.c.

Come noto, la legge 11 agosto 1973, n. 533 ha stabilito per le controversie soggette al rito del lavoro un regime più rigoroso in materia di deduzioni e produzioni istruttorie, in considerazione dei fini acceleratori cui si ispira la suddetta disciplina.

Invero, quanto al giudizio di primo grado, l'art. 414, n. 5 e l'art. 416, terzo comma, cod. proc. civ. impongono rispettivamente all'attore e al convenuto di indicare specificamente, negli atti introduttivi del processo, i mezzi di prova dei quali intendano avvalersi, e, in particolare, i documenti che devono essere contestualmente depositati. Il procedimento viene così informato ai principi di oralità, immediatezza e concentrazione[1012].

Sul descritto assetto del processo del lavoro si innestano le peculiari norme sui poteri istruttori del giudice, delineate dagli artt. 421 c.p.c. per il giudizio di primo grado e 437 c.p.c. per quanto concerne il grado di appello. Così, ai sensi dell'art. 421, secondo comma, c.p.c., il giudice «può altresì disporre d'ufficio in qualsiasi momento l'ammissione di ogni mezzo di prova, anche fuori dei limiti stabiliti dal codice civile, ad eccezione del giuramento decisorio, nonché la richiesta di informazioni e osservazioni, sia scritte che orali, alle associazioni sindacali indicate dalle parti. Si osserva la disposizione del comma

[1011] Cfr. R. Guastini, *Teorie dell'interpretazione. Lo stato dell'arte*, in *Lavoro e diritto*, 2014, p. 238 ss.
[1012] Cfr., *ex plurimis*, A. Pronto Pisani *Lavoro (controversie individuali in materia di)*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione Civile*, vol. X, Torino, 1993, p. 297 ss.

sesto dell'articolo 420». Nella medesima prospettiva, l'art. 437, secondo comma, c.p.c., per il giudizio di appello, prevede che: «Non sono ammesse nuove domande ed eccezioni. Non sono ammessi nuovi mezzi di prova, tranne il giuramento estimatorio, salvo che il collegio anche d'ufficio, li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa».

Si tratta di norme, di forte peculiarità *lavoristica*, in quanto nate con la funzione di riequilibrare i rapporti di forza tra le parti (datore di lavoro e lavoratore) anche sul piano processuale, sul presupposto che il lavoratore, economicamente debole e *sprovveduto*, finisca con il potersi permettere una difesa tecnica di livello inferiore rispetto a quella del datore di lavoro.

Al contempo, un assetto del genere, per comune opinione, non vale a tramutare il processo del lavoro in un processo inquisitorio, in quanto si resta nell'ambito del processo istruttorio "acquisitivo"[1013].

3. Il difficile equilibrio tra poteri istruttori e principio dispositivo nei percorsi della giurisprudenza.

Le regole citate valgono evidentemente a sostenere l'attività cognitiva del giudice alla ricerca della verità e, al contempo, come tali vanno a impattare con il principio dispositivo che connota anche il processo del lavoro, in base al quale, come noto, i limiti della cognizione del giudice sono segnati *iuxta alligata et probata partium*.

Il principio dispositivo rappresenta il confine, ma al contempo l'argine ai poteri istruttori officiosi, al fine di evitare che si traducano in una sorta di "supplenza istruttoria" rispetto alle decadenze in cui siano incorse le parti[1014].

Il giudice avrebbe, quindi, soltanto la "disponibilità del mezzo formale della prova, ossia la possibilità di articolare la prova sulla base di una fonte materiale di prova, già indicata dalle parti"[1015]. Ne deriva che il giudice non possa disporre mezzi di prova su fatti che non

[1013] Cfr. A. Proto Pisani, *Lavoro*, cit., S. Chiarloni, *Riflessioni micro comparative su ideologie processuali e accertamento della verità*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2009, p. 102 ss.; G. Villani, *I poteri istruttori del giudice*, in *Il diritto processuale del lavoro*, a cura di A. Vallebona, in *Trattato di Diritto del lavoro*, diretto da M. Persiani e F. Carinci, vol. IX, Padova, CEDAM, 2011, p. 249 ss.

[1014] Cfr. R. Bolognesi, *Il prudente esercizio dei poteri istruttori officiosi da parte del giudice del lavoro. (Riflessioni su alcune recenti decisioni della Suprema Corte)*, in *Judicium*, 2014, p. 1 ss.; G. Gaeta, *Il regime delle prove nel rito del lavoro*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2007, p. 174 ss.

[1015] G. Tarzia, *Manuale del processo del lavoro*, V ed., Milano, Giuffrè, 2008, p. 170.

sono stati allegati dalle parti.

Pertanto, i poteri istruttori officiosi valgono a integrare, con le ulteriori acquisizioni provenienti dall'iniziativa del giudice, gli strumenti di giudizio, sempre al fine di verifica della verità che scaturisce dai fatti allegati e provati per iniziativa delle parti[1016].

I limiti dei poteri istruttori officiosi trovano riscontro nei percorsi della giurisprudenza, tra i quali, in particolare, segnaliamo l'intervento delle Sezioni Unite del 2004. La Corte in quell'occasione ha fissato alcuni paletti, osservando che «Nel rito del lavoro, ai sensi di quanto disposto dagli artt. 421 e 437 del c.p.c., l'esercizio del potere istruttorio d'ufficio del giudice, pur in presenza di già verificatesi decadenze o preclusioni e pur in assenza di una esplicita richiesta delle parti in causa, non è meramente discrezionale, ma si presenta come un potere-dovere, sicché il giudice del lavoro non può limitarsi a fare meccanica applicazione della regola formale del giudizio fondata sull'onere della prova, avendo l'obbligo - in ossequio a quanto prescritto dall'art. 134 del c.p.c. e al disposto di cui all'art. 111, primo comma, della Costituzione sul giusto processo regolato dalla legge - di esplicitare le ragioni per le quali reputi di far ricorso all'uso dei poteri istruttori o, nonostante la specifica richiesta di una delle parti, ritenga, invece, di non farvi ricorso. Nel rispetto del principio dispositivo i poteri istruttori non possono in ogni caso essere esercitati sulla base del sapere privato del giudice, con riferimento a fatti non allegati dalle parti o non acquisiti al processo in modo rituale, dandosi ingresso alle cosiddette prove atipiche, ovvero ammettendosi una prova contro la volontà delle parti di non servirsi di detta prova, o, infine, in presenza di una prova già espletata su punti decisivi della controversia, ammettendo d'ufficio una prova diretta a sminuirne l'efficacia e la portata»[1017].

L'ordinanza del giudice è dunque sottoposta al sindacato di legittimità e può attivarsi solo in presenza delle cd. "piste probatorie"[1018].I principi fissati nel 2004 dalle Sezioni Unite hanno trovato riscontro anche nella giurisprudenza più recente della Suprema Corte. In ordine all'ambito di esercizio di tali poteri è stato «ribadito il principio per cui i poteri d'ufficio del giudice del lavoro possono essere esercitati pur in presenza di già verificatesi decadenze o preclusioni e pur in assenza di una esplicita richiesta delle parti in causa. Il carattere discrezionale di detti poteri -finalizzati al contemperamento del principio

[1016] Cfr. G. Villani, *I poteri istruttori*, cit., p. 267.
[1017] Così Cass., sez. un., 17 giugno 2004, n. 11353, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2004, p. 738.
[1018] M. Tatarelli, *Puntualizzazioni sugli oneri di allegazione e contestazione e sull'esercizio dei poteri ufficiosi nel processo del lavoro*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2004, p. 957.

dispositivo con quello della ricerca della verità materiale - trova il solo limite dell'arbitrarietà (Cass. S.U. 17 giugno 2004 nr. 11353), sicché quando le risultanze di causa offrono significativi dati di indagine, il giudice, anche in grado di appello, ex art. 437 c.p.c., ove reputi insufficienti le prove già acquisite, può in via eccezionale ammettere, anche d'ufficio, le prove indispensabili per la dimostrazione o la negazione di fatti costitutivi dei diritti in contestazione, sempre che tali fatti siano stati puntualmente allegati o contestati e sussistano altri mezzi istruttori, ritualmente dedotti e già acquisiti, meritevoli di approfondimento (Cass. 4 maggio 2012 nr. 6753; Cass. 26 maggio 2010 nr. 12856; Cass. 5 febbraio 2007 nr. 2379)[1019].

In questa prospettiva, ad es., si è ritenuto che «Alla parte che invoca in giudizio l'applicazione di un contratto collettivo post-corporativo incombe l'onere di produrlo, con la conseguenza che, in caso di mancata produzione di esso e di contestazione della controparte in ordine all'esistenza e al contenuto dell'invocato contratto, il giudice deve rigettare la domanda nel merito, trovandosi nell'impossibilità di determinare l'"an" e il "quantum" della pretesa fatta valere; soltanto nell'ipotesi in cui la controparte non abbia contestato l'esistenza e il contenuto del contratto invocato ma si sia limitata a contestarne l'applicabilità, sussiste, per il giudice, il potere-dovere, ai sensi dell'art. 421 cod. proc. civ., di acquisire d'ufficio, attraverso consulenza tecnica, il contratto collettivo di cui l'attore, pur eventualmente non indicando gli estremi, abbia tuttavia fornito idonei elementi di identificazione»[1020].

Quanto ai limiti di una tale attività, la giurisprudenza è ferma nel ritenere che i poteri istruttori ufficiosi ex art.421 c.p.c. «[…] - pur diretti alla ricerca della verità, in considerazione della particolare natura dei diritti controversi - non possono sopperire alle carenze probatorie delle parti, né tradursi in poteri di indagine e di acquisizione del tipo di quelli propri del procedimento penale»[1021].

In una tale prospettiva, si è rimarcato che «Nel processo del lavoro, l'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio in grado d'appello presuppone la ricorrenza di alcune circostanze: l'insussistenza di colpevole inerzia della parte interessata, con conseguente preclusione per inottemperanza ad oneri procedurali, l'opportunità di integrare un quadro probatorio

[1019] Cass. 28 marzo 2018, n. 7694.
[1020] Cass. 7 luglio 2008, n. 18584; cfr. anche, in analoga direzione, Cass. Ord., 14 marzo 2017, n. 6610.
[1021] Cass. 19 giugno 2014, n. 13694.

tempestivamente delineato dalle parti, l'indispensabilità dell'iniziativa ufficiosa, volta non a superare gli effetti inerenti ad una tardiva richiesta istruttoria o a supplire ad una carenza probatoria totale sui fatti costitutivi della domanda, ma solo a colmare eventuali lacune delle risultanze di causa. Non ricorrono, pertanto, i suddetti presupposti, allorché la parte sia incorsa in decadenze per la tardiva costituzione in giudizio in primo grado e non sussista, quindi, alcun elemento, già acquisito al processo, tale da poter offrire lo spunto per integrare il quadro probatorio già tempestivamente delineato»[1022]. Allo stesso modo, i descritti presupposti possono non sussistere «sia per la motivata mancanza di indispensabilità, sia per la sufficienza delle prove già acquisite ed assenza di cd. piste probatorie meritevoli di ulteriori approfondimenti»[1023].

Nella medesima prospettiva, ma al contempo rimarcando limiti più stringenti, si è ritenuto che «Nel rito del lavoro, poi, il mancato esercizio da parte del giudice dei poteri ufficiosi ex art. 421 cpc, preordinato al superamento di una meccanica applicazione della regola di giudizio fondata sull'onere della prova, non è censurabile con ricorso per cassazione ove la parte non abbia investito lo stesso giudice di una richiesta in tal senso, indicando anche i relativi mezzi istruttori (cfr. Cass. 12.3.2009 n. 6023); in ogni caso, gli indicati poteri di ufficio non possono essere dilatati fino a richiedere che il giudice supplisca in ogni caso alle carenze allegatorie e probatorie delle parti, in assenza di una pista probatoria rilevabile dal materiale processuale acquisito agli atti di causa; al riguardo deve richiamarsi l'insegnamento giurisprudenziale secondo cui il mancato esercizio dei poteri istruttori del giudice (previsti nel rito del lavoro dall'art. 421 cpc) anche in difetto di espressa motivazione sul punto, non è sindacabile in sede di legittimità se non si traduce in un vizio di illogicità della sentenza»[1024].

In ordine all'obbligo di motivazione gravante sul giudice sull'esercizio dei poteri istruttori officiosi, si è poi ribadito che «il relativo provvedimento possa essere sottoposto al sindacato di legittimità per vizio di motivazione ai sensi del nr. 5 dell'art. 360 cod. proc. civ.; tuttavia, per idoneamente censurare in sede di ricorso per cassazione la motivazione sul punto occorre allegare il fatto controverso e decisivo rispetto al quale sussiste la lacuna motivazionale. Lo stesso provvedimento rimane suscettibile di censura anche ex art. 360

[1022] Cass. 11 marzo 2011, n. 5878.
[1023] Così, in motivazione, Cass. Ord. 4 febbraio 2019, n. 3191; in direzione analoga cfr. Cass. Ord., 26 marzo 2019, n. 8381.
[1024] Così, in motivazione, Cass. 17 aprile 2019, n. 10715.

nr. 3 cod. proc. civ. per violazione di legge, allorquando il giudice del lavoro abbia esercitato i poteri istruttori sulla base del proprio sapere privato, con riferimento a fatti non allegati dalle parti o non acquisiti al processo in modo rituale; allorquando abbia, in violazione del principio dispositivo, ammesso una prova contro la volontà già espressa in modo chiaro dalle parti di non servirsi di detta prova (cfr. al riguardo: Cass. 24 marzo 1993 n. 3537); ed ancora allorquando, in presenza di una prova già espletata su punti decisivi della controversia, venga ammessa d'ufficio una prova diretta a sminuirne l'efficacia e la portata, specialmente nei casi in cui - come avviene per la prova per testi - un corretto esercizio del contraddittorio e del diritto di difesa impone alle parti di espletare la prova in un unico contesto temporale (cfr. sul punto: Cass. 19 agosto 2000 n. 11002)»[1025].Nella sintesi offerta dai più recenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità, possono registrarsi letture non sempre perfettamente sovrapponibili. Al contempo, a nostro avviso, si tratta di un quadro nel suo complesso sostanzialmente omogeneo, che vede il giudice fisiologicamente muoversi alla ricerca della verità processuale (quella del meta-mondo del processo) in una direzione quanto più possibile vicina alla verità del mondo reale.

In tutte le decisioni vagliate, invero, sembra sempre garantito il rispetto del principio dispositivo, che si impone e connota anche il processo del lavoro, nel quale le regole sui poteri istruttori officiosi non pare vengano a sconvolgerne l'assetto, ma al contempo offrono al giudice validi strumenti per ampliare il campo probatorio per la soluzione del giudizio.

3.1. Dalla valenza soggettiva a quella oggettiva dei poteri istruttori del giudice del lavoro.

Esposti in breve gli approdi della giurisprudenza sulle condizioni e sui limiti dell'esercizio dei poteri officiosi istruttori del giudice del lavoro, appare interessante notare che un tale assetto viene fisiologicamente a confrontarsi con l'evoluzione del sistema del diritto del lavoro, volta a contemperare le esigenze del lavoratore parte debole con quelle dell'impresa e del datore di lavoro, progressivamente sempre più lontano dall'archetipo di parte forte del rapporto, in un contesto sempre più problematico.

[1025] Cass. 28 marzo 2018, n. 7694.

Così, proprio dall'esame della giurisprudenza emerge e si afferma, a mio avviso, la valenza diremmo *oggettiva* della speciale regola processuale, nel senso che i suoi effetti possono dispiegarsi anche a vantaggio della controparte datoriale, come nel caso di eccezione per la inapplicabilità della tutela reale ex art. 18 St., da considerare eccezione in senso lato e, pertanto, rilevabile anche d'ufficio[1026], oppure a favore, ad esempio, dell'Ente previdenziale[1027].

Dal breve *excursus* proposto emerge - ancor più nella giurisprudenza più recente - una linea di interpretazione alquanto rigorosa dei poteri officiosi istruttori garantiti al giudice del lavoro, i quali trovano un argine che pare ben delimitato dal principio dispositivo e dai relativi oneri di cui le parti del processo restano gravate, nella prospettiva di un'attività sostanzialmente integrativa rispetto a quella svolta dalle stesse parti.

B) *La sintesi tra passato e futuro*.

4. Spunti dal passato dall'esperienza dei probiviri: le regole sulla cognizione "tecnica" tra giudizio di equità e giudizio di diritto.

I peculiari poteri istruttori riconosciuti al giudice del lavoro trovano la loro origine nell'esperienza dei probiviri (l. n. 293 del 1893), tesa a realizzare un sistema peculiare di soluzione delle controversie di lavoro, data la palese inadeguatezza del processo civile ordinario a rispondere alle pressanti esigenze della allora *classe* dei lavoratori, intesi come soggetti di ridotta capacità, in particolar modo in chiave processuale[1028].

A differenza del processo civile ordinario, ai giudici era lasciato un ampio potere di direzione e di scelta dei mezzi di prova. E invero, la giuria «esaminati i documenti presentati dai contendenti e tenuto conto delle consuetudini locali, può, ove lo creda necessario, ordinare la esibizione dei libretti di lavoro, di libri di maestranza, di registri o altri documenti, sentire i testimoni proposti dalle parti o chiamarne d'ufficio, interrogare

[1026] Cfr. Cass. 7 maggio 2019, n. 11940.
[1027] Cfr. Cass. 6 ottobre 2016, n. 20055.
[1028] Cfr. A. Proto Pisani, *Lavoro*, cit.

persone pratiche della materia controversa, e, ove occorra, procedere a qualche verifica sul luogo, delegare il presidente ad accedervi solo o accompagnato da due dei giudicati, uno industriale, l'altro operaio, al fine di verificare con processo verbale lo stato delle cose»[1029].
Gli storici del diritto riportano che tra i giuristi si sviluppò un dibattito sulla natura di diritto o di equità dei giudizi dei probiviri, dove emersero posizioni diverse. Insomma «essi rimasero una figura assai discussa sempre in bilico tra il pretore di romanistica memoria ed il magistrato che è tenuto ad applicare la legge»[1030].
L'avvento del fascismo segnò poi l'epilogo della magistratura probivirale, anticipata dalla dichiarazione X della Carta del lavoro del 1927 e avvenuta formalmente con il Regio Decreto 26 febbraio 1928, n. 471, con il quale venivano soppressi i collegi dei probiviri e la giurisdizione sulle relative controversie veniva devoluta ai pretori e ai Tribunali nei limiti della rispettiva competenza per valore. In questo modo il regime fascista manifestava la sua contrarietà alle giurisdizioni "speciali" nonché ai giudizi di equità.
La legislazione successiva, che introdusse un tipo di procedimento comunque diverso da quello ordinario, pur apprezzabile da un punto di vista tecnico, rappresentò secondo molti un notevole regresso rispetto al tipo di giustizia che il sistema dei probiviri aveva le potenzialità di esprimere «instaurando un diaframma tra giudice e realtà di fabbrica che solo l'emanazione dell'art. 28 dello statuto dei lavoratori avrebbe cominciato ad erodere»[1031].
Quella dei probiviri ha rappresentato un'esperienza molto significativa, troppo presto interrotta, quando, invece, ha avuto fecondi sviluppi in altri ordinamenti come quello francese, che tuttora la conosce, con i *conseil de prud'hommes*. Non a caso anche nel contesto francese ai *prud'hommes* sono attribuiti ampi poteri istruttori officiosi, che valgono a far emergere e confermare le peculiarità degli interessi sottesi alle controversie di lavoro, nella prospettiva di un giudizio organizzato in funzione, almeno nella fase iniziale, essenzialmente conciliativa[1032].
È possibile, a nostro avviso, rimarcare un lascito di questa - per l'Italia - ormai lontana

[1029] Art. 38, l. n. 293 del 1893.
[1030] Così C. Latini, *L'araba fenice. Specialità delle giurisdizioni ed equità giudiziale nella riflessione dottrinale italiana tra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2006, p. 692.
[1031] Cfr. A. Proto Pisani, *Lavoro*, cit.
[1032] Cfr. A. Nascosi, *L'esperienza francese del conseil de prud'hommes nel sistema processuale francese*, in *Rivista di diritto processuale*, 2016, p. 164 ss.

esperienza. Quello, cioè, di considerare le controversie di lavoro come controversie in cui il giudice - di certo tenuto all'applicazione della legge, in un giudizio che deve dirsi di diritto - non dimentica diremmo *naturalmente* il lascito dell'esperienza probivirale, sotto il profilo della prospettiva equitativa di un tale giudizio, a tutt'oggi favorita dalle regole sui poteri officiosi del giudice, anch'esse retaggio di quella preziosa esperienza.

5. Prospettive per il futuro prossimo: l'auspicata esportabilità dell'assetto del processo del lavoro nel rito ordinario civile.

Abbiamo assistito negli ultimi anni a corsi e ricorsi di riavvicinamento e allontanamento del processo civile da quello del lavoro.

In particolare, proprio in ordine ai poteri istruttori del giudice, il testo dell'art. 345, terzo comma, c.p.c. sull'appello civile, in vigore prima della modifica disposta dal decreto-legge n. 83/2012 era il seguente: «non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che il collegio non li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa ovvero che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile. Può sempre deferirsi il giuramento decisorio.». Con la modifica del 2012 l'inciso citato – che riproduceva, a parte la possibilità del rilievo d'ufficio, quasi testualmente la disposizione dell'art. 437, secondo comma, c.p.c. sull'appello nel rito lavoro – è stato eliminato.

Ora, però, nelle intenzioni dell'attuale Governo nella riforma del processo civile è di nuovo il rito del lavoro che dovrebbe emergere quale modello guida, a partire dall'atto introduttivo principe, consistente nel ricorso al giudice al posto della citazione alla parte, atto tipico dell'attuale rito ordinario civile.

Il tema non è nuovo, giacché da tempo anche la dottrina ha ritenuto il processo del lavoro come "il convincente modello per la riforma generale del processo civile"[1033].

In attesa di poter vagliare un testo della legge delega, nelle ulteriori intenzioni del Governo c'è quella di snellire le tappe del processo civile, anche attraverso l'eliminazione dell'udienza di precisazione delle conclusioni.

[1033] G. Tarzia, *Manuale del processo del lavoro*, cit., p. 82; in analoga prospettiva cfr. A. Vallebona, *Il trionfo del processo del lavoro*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2009, p. 566 ss.

Di più al momento non si è in grado di conoscere. Tuttavia appare probabile, in coerenza con tali linee di intervento, che la riforma vada a toccare anche il tema dell'istruzione probatoria che, come notato, risulta intimamente legata alla struttura del processo del lavoro, come fondata sul ricorso introduttivo e sul connesso regime delle preclusioni. Pare, cioè, aprirsi lo spazio anche per un correlativo ampliamento dei poteri istruttori del giudice, proprio nella prospettiva di riequilibrare e temperare il sistema delle preclusioni legate alla novità del ricorso al giudice come atto introduttivo. Si tratta di percorsi da seguire con la massima attenzione.

Abstract: Il contributo è dedicato alle regole sulla cognizione del giudice del lavoro. In particolare l'autore si sofferma sulla funzione dei poteri istruttori del giudice del lavoro ex artt. 421 e 437 c.p.c. valutando anche il contributo della giurisprudenza. In tale prospettiva, l'autore trae spunti anche dall'esperienza dei probiviri risalente alla fine dell'800. L'indagine si conclude con la vagliata possibilità di esportare le esaminate regole del processo del lavoro nel rito ordinario civile.

Abstract: The parer analyzes the labor judge's cognition rules. In particular, the author focuses on the function of the investigative powers of the labor judge pursuant to articles 421 and 437 c.p.c., also assessing the contribution of the jurisprudence. In this perspective, the author also draws inspiration from the experience of *probivirI*, dating back to the late 1800s. The investigation ends with the possibility of exporting the examined rules of the labor process in the ordinary civil trial.

Parole chiave: Cognizione giudice del lavoro – poteri istruttori del giudice – artt. 412 e 437 c.p.c. – collegio probiviri – giudizio di equità – riforma processo civile.

Key words: Labor judge cognition – judge's investigative powers – arts. 412 and 437 c.p.c. – probiviri college – equity judgment – civil trial reform.

SCIENZA E CONOSCENZA NEL GIUDIZIO PENALE*.

di Pierpaolo Dell'Anno **

Sommario. 1. L'irrompere della scienza nel processo penale. – 2. Gli strumenti scientifici "comuni" e quelli "nuovi" e "controversi". – 3. Procedimento probatorio e prova scientifica: l'ammissione – 3.1. Segue: l'assunzione. – 3.2. Segue: la valutazione. – 4. Allargamento delle maglie della revisione e nuovi metodi scientifici. – 5. Rinnovazione in appello delle dichiarazioni dei testimoni esperti: la recente pronuncia delle Sezioni Unite.

1. L'irrompere della scienza nel processo penale.

Nell'intricato rapporto tra scienza e processo penale vengono in rilievo due importanti esigenze: da un lato, le metodiche dell'accertamento non possono prescindere dal progresso e dall'apporto che la scienza è in grado di fornire al processo; dall'altro, vi deve essere il dominio delle parti e del giudice sulle fonti della conoscenza giudiziaria.

Sotto il primo profilo, va dato atto che è sempre più frequente che giudice e parti si affidino ai risultati della prova scientifica[1034], conseguiti mediante operazioni complesse svolte da

---

* *Sottoposto a referaggio*.

** Professore ordinario di Diritto processuale penale – Università degli studi Roma "Tor Vergata".

[1034] In tema di prova scientifica si vedano O. Dominioni, *La prova penale scientifica*, Milano, Giuffrè, 2005; C. Brusco, *La valutazione della prova scientifica*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2008, *Dossier Prova scientifica*, p. 24 ss..; C. Conti, *Introduzione*, in AA.VV., *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 119; L. D'Auria, *Prova penale scientifica e "giusto processo"*, in *Giust. Pen.*, 2004, p. 220; V. Denti, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1972, p. 414 ss..; D. Pulitanò, *Il diritto penale tra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2006, p. 795; P. Tonini, *La prova scientifica*, in *Prove e misure cautelari*, Tomo I, A. Scalfati (a cura di), in *Trattato di procedura penale*, G. Spangher (diretto da), Torino, UTET, 2009; G. Ubertis, *Il giudice, la scienza e la prova*, in CP, 2011, p. 4111; ID, *La prova scientifica e la nottola di Minerva*, in *La prova scientifica nel processo penale* a cura di L. De Cataldo Neuburger, Padova, CEDAM, 2007, p. 91; Sulla prova in generale si rinvia a A. Gaito, *Il procedimento probatorio nell'evoluzione della giurisprudenza europea*, a cura di A. Gaito, *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, UTET, 2006; P. Ferrua, M. F. Grifantini, G. Illuminati e R. Orlandi, *La prova nel dibattimento penale*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2010; A. Furgiuele, *La prova per il giudizio nel processo penale*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2007; D. Siracusano, *Le prove*, in D. Siracusano, A. Galati, G. Tranchina e E. Zappalà , *Diritto processuale penale*, I, Milano, Giuffrè, 2006, p. 327; A. Scalfati e D. Servi, *Premesse sulla prova in generale*, in G. Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, II, 1, Torino, UTET, 2009; M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, Giuffrè, 1992; P. Tonini, *La prova penale*, 4 ed., Padova, CEDAM, 2000.

periti e consulenti tecnici[1035], al fine di verificare la fondatezza della ipotesi accusatoria. Questa tendenza si è sviluppata negli anni per soddisfare la necessità di impiegare nell'accertamento del fatto nozioni che trascendono il patrimonio di conoscenze dell'uomo medio[1036].

Per quanto concerne il secondo profilo, occorre segnalare come nel mondo della scienza la cultura processuale abbia recepito un importante cambiamento epocale in quanto si è passati dalla concezione positivistica a quella post-positivistica con la conseguenza che gli studiosi del processo hanno preso consapevolezza che la scienza non è unica, completa ed infallibile[1037]. Dalla legge scientifica, infatti, non si possono ricavare regole indubitabili e certe che abbiano valore assoluto, ed essa deve essere sottoposta a continue verifiche[1038]. Caduto, quindi, il dogma della *onnipotenza* della scienza, non bisogna sprofondare in un *agnosticismo assoluto* che porterebbe alla rinunzia del prezioso contributo scientifico nel processo penale[1039].

Del resto, l'esperienza dei modelli processuali che si sono succeduti nel tempo insegna che la fallibilità è una caratteristica non solo della scienza ma dell'accertamento in generale. Nonostante infatti il nostro sistema processuale insegua un ideale di giustizia basato sull'assoluzione dell'innocente e sulla condanna del colpevole, nessun modello processuale è in grado di assicurare questo ammirevole obiettivo[1040]. Tanto il sistema processuale di

[1035] Nel processo penale i periti ed i consulenti tecnici possono essere considerati come "testimoni esperti". Sull'argomento, si rinvia a L. Cataldo Neuburger, *Aspetti psicologici nella formazione della prova: dall'ordalia alle neuroscienze*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, p. 609.

[1036] Si veda C. Conti, *Evoluzione della scienza e ruolo degli esperti nel processo penale*, in F. Canestrari, S. Giunta, R. Guerrini e T. Padovani, *Medicina e diritto penale*, Napoli, Edizioni ETS, 2009, p. 335; P. Felicioni, *Processo penale e prova scientifica: verso un modello integrato di conoscenza giudiziale*, in *Cass. Pen.*, 2013, 4, p. 332; G. Fiandaca, *Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche. Il diritto e il processo penale*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2005, p. 9; C. Fiorio, *La prova nuova nel processo penale*, Padova, CEDAM, 2008.

[1037] La scienza è: a) limitata: di un fenomeno è possibile cogliere solo un numero limitato di aspetti e rappresentarli con una legge scientifica; b) incompleta: quando altri aspetti del fenomeno si iniziano a conoscere, la legge scientifica deve essere ampliata per rappresentare anche tali aspetti; c) fallibile: ogni legge scientifica ha un tasso di errore che deve essere ricercato.

[1038] Anche se vi sono continue conferme una teoria non è mai certa mentre basta una sola smentita a falsificarla.

[1039] In questo senso P. Tonini, *La prova scientifica*, in *Prove e misure cautelari*, Tomo I, in A. Scalfati (a cura di) in *Trattato di procedura penale*, G. Spangher (diretto da), cit.; v. anche P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 240;

[1040] Nello stesso senso V. Garofoli, *Diritto processuale penale*, II Ed., Milano, Giuffrè, 2012, p. 49, secondo cui "Qualunque sia il metodo probatorio adoperato per la ricostruzione del fatto storico su cui l'accusa ha fondato la propria imputazione, il risultato non porterà al raggiungimento della certezza assoluta, dal momento che non è possibile affermare la colpevolezza o l'innocenza di un imputato in modo assoluto. Il giudice nell'operazione ermeneutica, pur utilizzando i comuni canoni di certezza processuale, giunge ad un

matrice inquisitoria quanto quello di stampo accusatorio non sono in grado di fornire una verità assoluta bensì solo una verità di tipo *giudiziaria* o *processuale*. La ricostruzione della vicenda processuale ha quindi natura *probabilistica* ed è sempre contrassegnata da un certo margine di incertezza[1041].

In questo quadro, l'unica certezza è che il passaggio dal sistema processuale inquisitorio a quello accusatorio[1042], la previsione di un obbligo costituzionale a carico del giudice di motivare la sentenza (art. 111, co. 6, Cost.) e lo svilupparsi della concezione post-positivistica – fondata sull'idea che la scienza è limitata, incompleta e fallibile –, hanno, in questa prospettiva, attribuito alle parti un nuovo fondamentale diritto, consistente nel mettere in dubbio la tesi delle altre parti o del perito nominato dal giudice attraverso un contraddittorio *sulla scienza*.

2. Gli strumenti scientifici "comuni" e quelli "nuovi" e "controversi".

La prova scientifica è quella prova che si fonda su una serie di conoscenze che non sono proprie dell'individuo comune e necessitano il ricorso ad esperti, a soggetti cioè con specifiche competenze tecnico scientifiche. Si tratta di un fenomeno che consiste in operazioni probatorie per le quali, nei momenti di ammissione, assunzione e valutazione si utilizzano strumenti di conoscenza attinti alla scienza e alla tecnica.

In tale prospettiva, appare chiaro come l'ingresso della prova scientifica nel processo penale possa avvenire solo nel caso di assoluto rispetto delle regole poste a presidio della

giudizio di responsabilità caratterizzato da un alto grado di credibilità razionale, non si parla, quindi, di certezza, ma di credibilità, non di verità, ma di verosimiglianza".

[1041] Con i metodi di accertamento del sistema inquisitorio, «non solo la verità accertata finirà per corrispondere a quella fin dall'inizio pretesa dal giudice, ma la stessa decisione risulterà affrancata dalla precisa ricostruzione probatoria dei fatti per essere giustificata da sospetti e intuizioni rivolti più alle supposte qualità personali dell'imputato, *in primis* la pericolosità sociale, che a condotte effettivamente contrarie ai modelli legali». Il modello accusatorio «si propone di sottoporre a verifica o a falsificazione gli enunciati fattuali e giuridici costituenti l'ipotesi d'accusa, attraverso un procedimento legislativamente predeterminato, connotato da regole e forme dirette ad assicurare il soddisfacimento e il contemperamento dell'esigenza politica di salvaguardia di determinati diritti, in primo luogo quelli di rilievo costituzionale, con l'esigenza epistemologica di guidare il giudice nella verifica degli enunciati».

[1042] In realtà il nostro sistema processuale è di tipo *accusatorio temperato*, dal momento che "il legislatore ha attribuito al giudice un potere di iniziativa probatoria d'ufficio che deve essere esercitato in caso di inerzia delle parti, ma risulta fruibile soltanto in dibattimento". In questo modo il giudice, se non intende limitarsi ad utilizzare il sapere degli eventuali consulenti tecnici di parte, ha il potere di ammettere la perizia sia su richiesta di parte, sia di ufficio. (Così, P. Tonini, *Considerazioni su diritto di difesa e prova scientifica*, in *Archivio penale*, Vol. 3 del 2011).

ammissione, assunzione e valutazione della prova. Sul punto, esistono due tipologie di strumenti scientifici: da una parte, quelli di lunga e consolidata sperimentazione, su cui si sono cristallizzati sistemi e regole di impiego, oltre che criteri di attendibilità (prova scientifica *comune*) e dall'altra, quelli nuovi o controversi a cui giuristi o scienziati non attribuiscono sicura affidabilità (prova scientifica nuova o controversa)[1043].

Per i primi le funzioni probatorie di ammissione, assunzione e valutazione possono avvalersi di un patrimonio conoscitivo collaudato mentre indiscutibilmente diverso è il genere di problemi che si profila per i secondi che, sebbene si presentino con crescente frequenza nelle aule di giustizia, non possono contare su un uso consolidato.

Uno strumento scientifico può essere *nuovo* in quanto costituisce un ritrovato scientifico che, sebbene messo a punto da ricerche condotte con buone competenze, non è stato ancora sottoposto ad un significativo vaglio nella comunità degli esperti del settore di appartenenza. Peraltro, la novità di uno strumento può riguardare anche il campo giudiziario; ciò si verifica quando esso, sottoposto al vaglio della comunità scientifica, non è – ovvero non è sufficientemente – conosciuto in ambito giudiziario, cosicché risulta difficile il controllo sulla sua idoneità alla ricostruzione del fatto.

Oltre che nuovo, lo strumento scientifico può essere *controverso*, cioè quando sulla sua validità si siano formati giudizi di segno opposto o discordanti oppure quando, già accreditato dalle opinioni degli esperti, sia poi rimesso in discussione. Va, peraltro, tenuto presente che uno strumento, per essere considerato non controverso, non è necessario che si sia guadagnato l'accettazione generale della comunità degli studiosi di riferimento, essendo sufficiente che, pur nel succedersi di verifiche, conferme e smentite che caratterizzano l'andamento delle ricerche scientifiche e tecnologiche, abbia un accreditamento sufficientemente sperimentato, così da conferirgli un apprezzabile carattere di affidabilità. La natura controversa di uno strumento probatorio può essere propria anche della sola sfera giudiziaria: ciò avviene quando esso, consolidato in ambito scientifico, registra in quello giudiziario dispareri che, non marginali o sporadici, lo segnano in modo forte e significativo. Anche questa situazione rileva per la disciplina della prova scientifica. Sull'argomento, nella giurisprudenza nordamericana la celebre sentenza *Daubert*[1044] ha

[1043] Si rinvia a O. Dominioni, *La prova penale scientifica*, cit., p. 75 ss.
[1044] *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579, 113 S. Ct. 2786 (1993), trad. in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1996, p. 278.

fornito al giudice una serie di criteri[1045] utili per valutare la natura scientifica del metodo che si intende utilizzare in dibattimento per la ricostruzione del fatto, precisando che è il giudice – e non l'esperto – a pronunciarsi sull'affidabilità del metodo nel processo. Già da queste prime battute iniziano a manifestarsi le difficoltà che incontra il giudice nell'ammettere o escludere le prove scientifiche: deve, *in primis*, comprendere se il metodo che si intende utilizzare per l'assunzione di una determinata prova è scientifico; poi, deve controllare se lo strumento scientifico è comune, nuovo o controverso; in terzo luogo, deve – già in sede di ammissione della prova – analizzare se quel metodo (o strumento) è idoneo o meno alla ricostruzione del fatto. Ma la vischiosità del problema consiste soprattutto nel capire quale schema e quali regole deve seguire il giudice nel momento in cui è chiamato ad apprezzare – o a valutare – le prove scientifiche nuove o controverse, soprattutto se lo strumento tecnico scientifico adoperato è di elevata specializzazione.

3. Procedimento probatorio e prova scientifica: l'ammissione.

I primi profili di divergenza tra la prova scientifica comune e quella nuova o controversa si manifestano già durante la fase della *ammissione*. È stato, infatti, rilevato che mentre per la prima valgono sicuramente le regole probatorie ordinarie previste dall'art. 190 c.p.p.[1046], per la seconda operano anche quelle speciali di cui all'art. 189 c.p.p. previste per le prove atipiche[1047].

Come noto, l'introduzione nel processo della prova atipica, oltre al rispetto delle regole ordinarie, impone anche un procedimento preliminare in vista del quale i protagonisti dibattono sull'*an*, sui limiti e sul *quomodo* dell'assunzione, ogni volta che si presenti la

[1045] Sintetizzando, i criteri sono i seguenti: verificabilità del metodo; falsificabilità; sottoposizione alla comunità scientifica; conoscenza del tasso di errore.

[1046] In perfetta sintonia con i principi che caratterizzano il sistema processuale accusatorio e con quelli del *giusto processo*, l'art. 190 c.p.p. attribuisce alle parti un vero e proprio diritto alla prova, manifestando così una chiara propensione del legislatore per il principio dispositivo (si tratta di un principio *dispositivo attenuato* in quanto il codice consente anche al giudice, in via eccezionale e solo in alcuni casi, di esercitare poteri probatori di ufficio). Le ordinarie regole di ammissione della prova si ricavano dalla lettura combinata di due disposizioni normative: l'art. 190 c.p.p. e l'art. 187 c.p.p. Secondo la prima il giudice deve escludere le prove vietate dalla legge e quelle che appaiano manifestamente superflue. L'art. 187 c.p.p. stabilisce che sono oggetto di prova i fatti che si riferiscono alla imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena e della misura di sicurezza. Sono, altresì, oggetto di prova i fatti da cui dipende l'applicazione di norme processuali e, se vi è costituzione di parte civile, i fatti inerenti alla responsabilità civile derivante da reato.

[1047] O. Dominioni, *La prova penale scientifica*, cit., p. 75 ss.

necessità di servirsi di strumenti estranei al catalogo o di adattare quelli esistenti[1048]. Qualora, infatti, le parti non fossero poste in condizioni di partecipare e di interloquire sulla ammissibilità e sulle modalità di acquisizione della prova atipica, si realizzerebbe una violazione dei loro diritti partecipativi.

Tali requisiti consistono nell'idoneità della prova ad assicurare l'accertamento dei fatti e nella mancanza di pregiudizi per la libertà morale della persona[1049].

Con specifico riferimento alla prova scientifica nuova o controversa, quindi, il provvedimento ammissivo del giudice deve contenere una valutazione sull'idoneità in astratto dello strumento probatorio a realizzare un efficace accertamento nel caso specifico e un giudizio sull'incidenza dello stesso sulla libertà morale della persona.

Entrando in *medias res*, per *idoneità probatoria* deve intendersi l'attitudine dello strumento scientifico «ad assicurare l'accertamento dei fatti»; esso deve, quindi, essere determinato nei seguenti fattori: 1) validità teorica del principio, della metodologia, della tecnologia, dell'apparecchiatura tecnica impiegata nell'operazione probatoria; 2) adeguatezza dello strumento scientifico ad accertare i fatti oggetto di prova; 3) controllabilità del corretto uso pratico dello strumento tecnico-scientifico; 4) qualificazione dell'esperto; 5) comprensibilità dello strumento probatorio scientifico. Quest'ultimo fattore è molto importante perché implica il dominio delle parti e del giudice sulle fonti della conoscenza giudiziaria. Una risorsa scientifica che sfugge alla comprensione del giudice e delle parti, si sottrae inevitabilmente al loro controllo divenendo, perciò, prova non ammissibile[1050].

L'ammissione della prova, poi, non deve ledere la libertà morale della persona e, sotto questo profilo, l'art. 189 c.p.p. non fa altro che riprendere *in toto* il divieto probatorio

---

[1048] Mentre il progetto preliminare al codice di procedura penale del 1978, redatto in attuazione della l. 3.4.1974, n. 108, aveva accolto il principio di *tassatività della prova* disponendo nell'art. 179 che «il giudice non può ammettere prove diverse da quelle previste dalla legge», il codice vigente ha intrapreso una scelta *intermedia* tra il criterio di *tassatività delle prove* ed il criterio di *libertà delle prove*; a ben vedere, i prevedibili sviluppi tecnologici sul terreno degli strumenti investigativi hanno dirottato il legislatore verso la scelta di non escludere dal processo le prove non disciplinate dalla legge e di attribuire al giudice il compito di un vaglio preliminare, da effettuarsi caso per caso, sulla ammissibilità di tali prove alla luce dei requisiti di cui all'art. 189 c.p.p.

[1049] Il giudice, già in sede di ammissione della prova, deve valutare attentamente il materiale probatorio, in quanto sarebbe inutile – oltre che lesivo del principio di economia processuale – introdurre materiale cognitivo *non utilizzabile* al momento della emissione della sentenza. Un processo *giusto* deve avere una ragionevole durata e, in questa prospettiva, vanno evitate inutili perdite di tempo e di energie processuali.

[1050] Senza la comprensione delle fonti di conoscenza giudiziaria, giudice e parti necessarie non potrebbero svolgere in maniera adeguata le loro funzioni: al giudice è forse attribuito il compito più delicato, vale a dire quello di emettere la decisione ma è altrettanto essenziale il ruolo del pubblico ministero quale parte pubblica e del difensore chiamato ad espletare al meglio l'incomprimibile diritto di difesa riconosciuto al proprio assistito.

imposto a pena di inutilizzabilità dall'art. 188 c.p.p. Ciò significa che non possono considerarsi atipiche – né possono essere in alcun modo ammesse nel processo – quelle prove ottenute attraverso la tortura, la narcoanalisi o la macchina della verità.

Oltre che ai requisiti imposti dall'art. 189 c.p.p., la prova scientifica nuova o controversa deve attenersi anche alle regole generali e comuni dettate dall'art. 190, comma 1, c.p.p., ed in particolare a quella dell'*economia processuale*. Spesso, infatti, il ricorso alla prova scientifica per la ricostruzione del fatto da accertare richiede – per la sua assunzione – tempi lunghi, oltre che l'impiego di considerevoli energie processuali. Così, in sede di ammissione di una prova scientifica nuova o controversa, connotata da un elevato tasso di specializzazione, il giudice è tenuto ad effettuare un duplice controllo: una forte incidenza sull'economia processuale (valori dell'immediatezza e della speditezza del giudizio) è giustificata se è controbilanciata dal grado di idoneità probatoria dello strumento tecnico-scientifico e dal grado di utilità che il suo uso riveste in relazione alla disponibilità o meno di altri mezzi di prova[1051].

Inoltre, l'ordinanza con cui il giudice dispone l'ammissione della prova *ex* art. 189 c.p.p. deve contenere una duplice prescrizione: *in primis*, che al giudice ed alle parti devono essere comunicati i dati dell'operazione probatoria[1052] ed in secondo luogo che l'escussione dell'esperto deve avvenire nel rispetto di un effettivo contraddittorio tra le parti; ciò che bisogna evitare è che la condizione di elevata specializzazione del tecnico faccia perdere al giudice il controllo sulla gestione di questo delicato ed ancora non del tutto esplorato mezzo di prova[1053].

Con l'inizio dell'istruttoria dibattimentale, e quindi con l'acquisizione degli elementi probatori introdotti dalle parti, l'organo giudicante potrebbe avvertire l'esigenza di

[1051] Va segnalato anche l'indirizzo secondo cui l'art. 189 c.p.p. non richiede un *quid pluris* rispetto ai requisiti generali indicati dall'art. 190 c.p.p. in quanto sarebbe "poco corretto sotto il profilo della tecnica legislativa prevedere un'eccezione che viene prima della enunciazione della regola, prescrivendo una "specialità" di regime anteriormente alla disciplina ordinaria" Così, S. Lorusso, *La prova scientifica*, in *La prova penale*, (diretto da A. Gaito), Torino, UTET, 2008, p. 325.

[1052] Devono essere specificate le metodologie, i principi scientifici e le tecnologie che andranno impiegate nell'accertamento; devono, inoltre, essere indicate le attività poste in essere, i soggetti che hanno partecipato e le loro mansioni.

[1053] Il riferimento è alla prova scientifica nuova o controversa. In questo senso O. Dominioni, *La prova penale scientifica*, cit. Un eccessivo divario tra la preparazione dell'esperto e quella delle parti e del giudice comprometterebbe l'equilibrio dialettico e finirebbe inevitabilmente con il pregiudicare il controllo del giudice e l'affidabilità dell'operazione probatoria. Per scongiurare tale rischio il giudice può autorizzare i consulenti ad assistere all'intero dibattimento o realizzare un contradittorio diretto tra tutti gli esperti con reciproche domande oppure, infine, disporre che ogni consulente, prima che abbia inizio il proprio esame, esponga lo svolgimento e i risultati del proprio operato.

rivisitare quei giudizi che avevano portato all'ammissione o all'esclusione delle prove richieste dalle parti. In questo senso, lo svolgimento del dibattimento consente di migliorare la modulazione delle esigenze cognitive dell'organo giudicante. Un intervento di questo tipo, però, è consentito solo sentendo preventivamente le parti del processo in modo da tutelare il diritto al contraddittorio. L'art. 495, comma 4, c.p.p., infatti, consente al giudice nel corso del dibattimento da un lato di «revocare l'ammissione di prove che risultano superflue» e dall'altro di «ammettere prove già escluse»[1054].

A questo punto, la norma va calata nel terreno della prova scientifica *atipica*. Per quanto attiene al primo aspetto, occorre da subito segnalare che la possibilità da parte del giudice di escludere una prova scientifica nuova o controversa – già ammessa *ex* art. 189 c.p.p. perché ritenuta *non manifestamente inidonea alla ricostruzione del fatto* – non risulta dalla lettura dell'art. 495, comma 4, c.p.p., che contempla la sola ipotesi di esclusione di prove ammesse *ex* art. 190 c.p.p. perché ritenute non manifestamente superflue, che poi risultino superflue.

Un'interpretazione restrittiva della norma appare sicuramente irragionevole quanto meno per due ordini di ragioni: innanzitutto, la *ratio* che governa il potere, in dibattimento, del giudice di controllare l'*utilità* di prove già ammesse perché non manifestamente superflue impone all'organo giudicante – da un punto di vista logico – di effettuare lo stesso controllo sulla idoneità probatoria di uno strumento scientifico già ammesso. In secondo luogo, non si spiegherebbe il motivo per cui il giudice possa adottare un provvedimento di ammissione di una prova già esclusa, e non possa emetterne uno di esclusione di una prova in precedenza ammessa.

Nulla quaestio, invece, per quanto concerne il secondo aspetto previsto dall'art. 495, comma 4, c.p.p. Infatti, una prova scientifica nuova o controversa – esclusa nella fase dell'ammissione per mancanza di elementi comprovanti la non manifesta inidoneità dello strumento scientifico all'accertamento del fatto – può essere ammessa nel corso dell'istruttoria dibattimentale per cognizioni sopravvenute. Va precisato, però, che in questa sede il vaglio del giudice sarà più penetrante perché sarà chiamato ad effettuare un giudizio

[1054] In giurisprudenza è stato rilevato che il potere del giudice di revocare l'ammissione di prove superflue in base alle risultanze dell'istruttoria dibattimentale (art. 495, co. 4, c.p.p.) è ben più ampio di quello riconosciuto all'inizio del dibattimento (art. 190, co. 1, c.p.p.) di non ammettere le prove vietate dalla legge e quelle manifestamente superflue o irrilevanti, in relazione al diverso grado di conoscenza della *regiudicanda* che caratterizza i due distinti momenti del processo (Cass., Sez. VI, 8 luglio 2002, n. 38812/02, Mattana, CED, Cass., n. 233977).

non sulla *non manifesta inidoneità* dello strumento scientifico bensì sulla sua *idoneità* a ricostruire il fatto. A differenza dell'ipotesi esaminata in precedenza, la possibilità di ammettere una prova che era stata esclusa è espressamente enunciata nell'art. 495, comma 4, c.p.p.

3.1. Segue: l'assunzione.

La prova scientifica presenta caratteri di originalità anche in ordine al secondo momento del procedimento probatorio: quello della assunzione. Innanzitutto, anche alla luce di quanto già accennato, sulla prova scientifica deve essere effettuato un contraddittorio anche *ex post*, successivo a quello svoltosi in sede di ammissione; appaiono fondamentali il conferimento dell'incarico al perito e la fase di assunzione probatoria.

Riguardo al primo momento il giudice, è chiamato a vagliare la competenza dell'esperto sia in astratto, con riferimento alla materia tecnico-specialistica attinta dalla perizia, sia in concreto in relazione allo specifico oggetto di accertamento.

Per quanto concerne la formazione in dibattimento della prova, l'elaborazione dialettica consente il duplice vaglio giudiziale in punto di credibilità della fonte di prova e di attendibilità dell'elemento probatorio: se, dunque, tradizionalmente la dialettica tra le parti caratterizza la prova dichiarativa, tuttavia essa è ineliminabile anche rispetto ai contributi probatori tecnico-scientifici. Si è evidenziato che le parti devono poter esplicare il proprio diritto a valutare taluni profili quali l'adozione da parte degli esperti di metodi affidabili sulla scena del crimine oppure l'integrità della catena di custodia[1055]. In questa prospettiva, inoltre, bisogna sottolineare l'importanza dell'esame e del controesame dell'esperto (perito o consulente tecnico) al fine di vagliare la competenza specifica nonché il metodo scientifico utilizzato. Il contraddittorio tecnico che viene attuato mediante gli esperti – perito e consulenti di parte – è strumentale a riprodurre nel processo quella dialettica che alimenta l'evoluzione scientifica tramite la spiegazione e la falsificazione. Ciò implica, in primo luogo, un'adeguata modalità di esecuzione della *cross-examination* dell'esperto. La considerazione secondo cui sia le parti, sia il giudice qualora eserciti il potere di integrazione probatoria *ex* art. 506, comma 2, c.p.p., possono avere difficoltà nel condurre

[1055] P. Tonini, *Considerazioni sul diritto di difesa e prova scientifica*, cit., p. 821.

l'esame incrociato in quanto privi di una condizione culturale sufficientemente attrezzata per mettere a profitto le risorse di controllo, per quanto corretta, non appare idonea a scalfire l'ineludibilità del contraddittorio[1056].

In tal senso depone anche il fatto che la fase della assunzione della prova non consiste solamente in una *mera attività di introduzione di dati* nel processo ma è attività che impegna il giudice e le parti ad effettuare le prime valutazioni. La funzione valutativa – che trova il suo momento *clou* ad istruzione probatoria ultimata – è condizionata da giudizi già formati, o quantomeno orientati, dall'attività di assunzione. È proprio per questo motivo che nel processo penale è essenziale che la prova scientifica si esplichi nel pieno rispetto del diritto al contraddittorio. Bisogna tenere sotto controllo l'impiego degli strumenti scientifici nuovi o controversi e di elevata specializzazione in modo da assicurare il corretto formarsi della prova e da evitare che l'esperto, forte delle proprie conoscenze scientifiche, prenda la mano e sfugga alla metodica della conoscenza giudiziaria imponendo il proprio operato fuori da un reale ed efficace controllo. In chiave di sintesi, pare corretto affermare che sulla prova scientifica si debba stimolare e realizzare un contraddittorio sulla scienza.

3.2. Segue: la valutazione.

Il momento più delicato per il giudice resta sicuramente quello della valutazione della prova scientifica, soprattutto quando si tratti di quella *nuova* o *controversa* in quanto più arduo è il suo controllo sugli atti di consulenza e maggiormente difficoltosa si rivela l'applicazione giudiziale dei criteri di inferenza probatoria, nonché la decisione di conferma o falsificazione delle ricostruzioni fattuali prospettate dalle parti. In questa prospettiva, le criticità attengono principalmente all'oggetto dell'attività decisionale del giudice: genuinità e validità dei metodi, affidabilità ed efficacia dimostrativa dei risultati della prova scientifica, grado di probabilità logica del verificarsi del fatto afferente all'imputazione e sua attribuibilità all'imputato, criteri di giudizio della decisione.

[1056] Piuttosto, la natura tecnico-scientifica della deposizione dell'esperto sembra imporre una peculiare calibratura delle domande su fatti specifici e alle domande nocive o suggestive: le prime potrebbero anche esulare dai fatti ed orientarsi sulle valutazioni; le seconde non dovrebbero essere vietate. Peraltro, sono ritenute ammissibili le contestazioni sicuramente, almeno, rispetto alle dichiarazioni che illustrano dati oggettivi.

La tematica della valutazione della prova in generale – e di quella scientifica in particolare – non può peraltro essere adeguatamente affrontata senza ricordare la differenza tra *prova legale* e *metodo legale di prova*, posto che il principio del libero convincimento del giudice contrasta con ogni forma di prova legale[1057] ma non con la prescrizione legale di un metodo di prova: anzi, tale principio postula proprio un metodo legale di prova, cioè una successione logicamente ordinata di operazioni mentali. Del resto, dove c'è obbligo di motivazione, c'è obbligo di metodo: v'è una struttura legale di motivazione (v. art. 192, comma 1, c.p.p.) che riflette un modello legale di metodo di prova[1058]. Ne deriva, quindi, che il giudice è libero di convincersi, ma è obbligato a motivare razionalmente; in questo senso l'obbligo di motivazione dei provvedimenti impone al giudice di rendere ragione della razionalità dell'itinerario mentale percorso per giungere alla decisione, ponendo le premesse per il controllo successivo sulle linee di formazione del suo convincimento[1059]. Come rilevato dalla dottrina, in altri termini, "la motivazione diventa la linea di confine del libero convincimento e dovrebbe impedire al giudice di fuggire dalla propria razionalità"[1060].

L'art. 192 c.p.p. non si limita però a fissare gli snodi principali del congegno decisorio rimesso al giudice, ma traccia al suo interno *l'iter* delle acquisizioni probatorie che possono essere ritualmente poste a fondamento della decisione. Così, la valutazione probatoria non è solo considerata nel suo aspetto *statico* – di un giudizio guidato – ma piuttosto nella sua vocazione *dinamica* di un percorso che il giudice deve compiere per pervenire, nel giusto processo, ad una giusta decisione. Non può considerarsi soddisfatto questo *onere di motivazione* se il giudice si limita ad una mera considerazione del valore autonomo dei

[1057] La prova legale, infatti, prevede regole precostituite per la valutazione degli elementi probatori con la conseguenza che il giudice è obbligato dal legislatore ad assegnare un determinato e specifico valore dimostrativo al dato istruttorio a prescindere dalle proprie convinzioni a riguardo. Nel nostro sistema – caratterizzato dalla legalità della prova – l'ammissione, l'acquisizione e la possibilità di impiego della prova non sono lasciate a scelte estemporanee effettuate sul campo, ma vengono guidate da regole puntuali, frutto di opzioni legislative, in alcuni casi dirette a limitare o precludere l'opera giudiziaria dinanzi ad altri beni di pari rango (es. disciplina dei segreti), in altri casi a imporre percorsi procedurali che attribuiscono maggiore affidabilità al risultato (es. il catalogo dei preliminari da rispettare durante la ricognizione); così A. Scalfati, *Premesse sulla prova penale*, in *Prove e misure cautelari*, Tomo I, (a cura di) A. Scalfati, in *Trattato di procedura penale*, (diretto da) G. Spangher, Torino, UTET, 2009.

[1058] E. Amodio, *Prove legali, legalità probatoria e politica processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 373 ss..; *Id.*, *Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparatistico*, Ivi, 1999, p. 1 ss.

[1059] In sostanza, non trovano ingresso nel nostro ordinamento né il verdetto immotivato né il riconoscimento senza limiti del principio del libero, arbitrario, soggettivo e insindacabile convincimento.

[1060] Così, V. Garofoli, *Diritto processuale penale*, II Ed., cit., p. 47.

singoli elementi di prova senza pervenire a quella valutazione unitaria che è principio cardine del processo penale, perché sintesi di tutti i canoni dettati dalla norma stessa; in questa prospettiva, il giudice deve prendere in considerazione ogni singolo fatto ed il loro insieme, non in modo parcellizzato ed avulso dal generale contesto probatorio, verificando se essi, ricostruiti in sé e posti vicendevolmente in rapporto, possano essere ordinati in una ricostruzione logica, armonica e consonante che permetta di attingere la verità processuale[1061]. Tutto ciò sempre che il libero convincimento – nella sua accezione più garantista – si realizzi sulla base delle prove formate nel rispetto della legge processuale.

Risulta quindi abbastanza evidente che la valutazione della *prova scientifica* rappresenta il momento più delicato del procedimento probatorio in quanto il giudice può incorrere in un duplice rischio: da un lato, rimettersi *de facto* interamente al *dictum* dell'esperto di turno finendo con il sottrarsi alla propria funzione giurisdizionale e, dall'altro, assumere le vesti di *peritus peritorum* pur essendo, nella maggior parte dei casi, privo delle necessarie conoscenze tecnico-scientifiche richieste per esprimere determinate valutazioni.

Emblematica dell'orientamento a favore del *giudice-recettore* che ratifica le opinioni degli esperti in maniera sostanzialmente acritica, una pronuncia della Prima Sezione della corte di cassazione[1062] in forza della quale «ai fini di un'adeguata motivazione, basta anche il solo richiamo alle condivise valutazioni e conclusioni delle perizie».

Tuttavia, la soluzione maggiormente accreditata sembra essere quella individuata dalla sentenza Cozzini[1063] la quale ha chiarito che il giudice di merito «non può certamente assumere un ruolo passivo di fronte allo scenario del sapere scientifico», ma neppure pretendere di avere sufficienti «conoscenze e [...] competenze per esperire un'indagine [solitaria su quello scenario]». Egli deve piuttosto confrontarsi con gli esperti condotti davanti a lui, cioè operare come «garante della scientificità della conoscenza fattuale espressa dal processo» e «svolgere un penetrante [...] ruolo critico, divenendo [...] custode del metodo scientifico». Consapevole dei propri limiti specialistici e, ad un tempo, del proprio ruolo di giustizia, il giudice di merito deve dunque porsi a metà strada tra passivismo ed attivismo epistemico. In altri termini, deve cercare, sì, il conforto del parere di un esperto in giudizio, ma controllare, al contempo, che esso, in quanto fondato sulla

[1061] Sez. Un., 12 luglio 2005, X, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 3732.
[1062] Cass. Pen., Sez. I, 14 novembre 2013, Araci, n. 32372.
[1063] Cass. Pen., Sez. IV, 17 settembre-13 dicembre 2010, n. 43786.

retta applicazione di un criterio dotato dei suddetti requisiti, meriti di contribuire alla decisione del caso concreto.

Il giusto atteggiamento che deve mostrare il giudice in questa delicata operazione, volta a scongiurare il verificarsi dei due paventati pericoli, è quindi quello di applicare correttamente i principi attorno ai quali ruota il nostro processo e, quindi, di valutare la prova scientifica allo stesso modo in cui vengono valutate le altre prove.

Dunque, il giudice – vincolato dalla lett. e) dell'art. 546 c.p.p. a fornire una motivazione legale e razionale – deve argomentare nella sentenza di condanna le ragioni per cui ha ritenuto attendibili *al di là di ogni ragionevole dubbio* le prove a carico dell'imputato così come, nello stesso provvedimento, deve chiarire i motivi per cui ha deciso di disattendere le prove a discarico prodotte dalla difesa (prova di resistenza). Medesimo ragionamento è da farsi per la diversa ipotesi di sentenza di assoluzione. In un sistema processuale di matrice *tendenzialmente accusatoria* in cui le parti hanno il diritto di offrire al giudice la propria valutazione degli elementi di prova, il *verdetto giusto* è quello che scaturisce da una valutazione delle argomentazioni e delle prospettazioni opposte e complementari delle parti. Ciò che rileva è che il giudice fornisca una *motivazione razionale* così da scongiurare un verdetto arbitrario ed incontrollabile. È così concesso di discostarsi dalle conclusioni dell'esperto perché egli è *chiamato a valutare, ancor prima che il risultato della perizia, il metodo con il quale l'esperto vi è pervenuto* e, di conseguenza, lì dove "il compito del giudice non è tanto analizzare nel merito ciò che l'esperto asserisce, quanto capire su quale base egli perviene a tale asserto"[1064].

Pertanto, il giudice deve operare una scelta tra le diverse e contrastanti tesi del perito e dei consulenti tecnici dandone *adeguatamente* conto in motivazione, e, soprattutto, è chiamato a valutare la reale capacità dell'esperto ad espletare l'incarico ricevuto, senza creare corsie preferenziali per l'operato del perito – che è da lui stesso nominato – rispetto all'operato dei consulenti tecnici di parte[1065]. Affinché questo sia possibile, è necessario che il confronto delle tesi prospettate dagli esperti debba avvenire assicurando ai massimi livelli

[1064] Così P. Tonini, *La prova scientifica*, in *Prove e misure cautelari*, Tomo I, in A. Scalfati (a cura di) in *Trattato di procedura penale*, G. Spangher (diretto da), cit.

[1065] L'investitura del perito potrebbe diventare "un passaggio salvifico, volto ad assicurare l'acquisizione di un parere imparziale, perché non dominato dagli interessi di parte, e quindi, per definizione superiore" (G. Gennari, *Scienziati e giudici: l'incontro (im)possibile*, in *Medicina e diritto*, 2010, 3, p. 7). Ne deriverebbe "una potenziale deresponsabilizzazione cognitiva del giudice cui fa da *pendant* la figura dell'esperto a sua volta deresponsabilizzato dall'inaccessibilità del sapere di cui è (o si presume sia) depositario" (S. Lorusso, *Il contributo degli esperti alla formazione del convincimento giudiziale*, in *Archivio penale*, Vol. 3 del 2011.

il principio del contraddittorio come previsto dall'art. 111 Cost. In tal modo, il contraddittorio trasforma il processo da strumento di potere a strumento di sapere.

Peraltro, a ben riflettere, l'operato dello scienziato può essere accostato a quello del giudice perché entrambi, nei rispettivi ruoli, sono chiamati ad effettuare una verifica dei fatti sulla base di un uso razionale del materiale cognitivo a loro disposizione interpretato con determinate metodologie che presentano sempre più spesso profili in comune[1066]. È stato, anzi, rilevato che negli ultimi anni si è "assistito ad una processualizzazione del metodo scientifico, che certifica la versatilità del contraddittorio come metodo epistemologico universale"[1067].

4. Allargamento delle maglie della revisione e nuovi metodi scientifici.

Il complesso rapporto tra scienza e processo penale ha, del resto, nel corso di questi anni, palesato una significativa evoluzione anche sul terreno della revisione.

La Suprema corte di cassazione, infatti, ha aperto le porte della revisione alle ipotesi in cui il nuovo metodo scientifico, posto a fondamento della impugnazione straordinaria, scoperto e sperimentato successivamente al processo ormai definito, sia in concreto produttivo di effetti diversi rispetto a quelli già ottenuti e quando e se i risultati così conseguiti, da soli o unitamente alle prove già valutate, possano determinare una decisione diversa rispetto a quella già intervenuta di condanna[1068].

Il giudice deve, cioè, riconoscere il carattere di *novità* della prova scientifica non solo

[1066] È il caso di ribadire che nella complessa operazione di valutazione della prova il giudice è tenuto sempre a tener conto delle regole sancite nella Costituzione e nel codice: la presunzione di non colpevolezza (art. 27, comma 2, Cost.) oggi trasformata in presunzione di innocenza; il diritto al contraddittorio essenziale per confutare le tesi delle altre parti del processo; l'obbligo di motivare adeguatamente e razionalmente la sentenza emessa (art. 111, comma 6, Cost.); l'obbligo di mandare assolto l'imputato *ex* art. 530, comma 2, c.p.p. qualora la colpevolezza non risulta provata "al di là di ogni ragionevole dubbio" (art. 530, comma 1, c.p.p. modificato dalla legge n. 46/2006).

[1067] Così, S. Lorusso, *La prova scientifica*, in *La prova penale*, (diretto da A. Gaito), cit., p. 303;

[1068] Cass., Pen., Sez. I, n. 15139 del 2011. Più di recente, nella medesima prospettiva, Cass. Pen., Sez. I, 18 dicembre 2018-2 luglio 2019, n. 28801, che ha affermato i seguenti principi: 1) l'ammissibilità di una nuova perizia come base per una revisione è possibile soltanto con riferimento a nuove metodiche scientifiche approvate dalla comunità degli esperti che possano sovvertire i precedenti risultati, cogliendo dati obiettivi nuovi e diversi da quelli già presi in considerazione nel precedente giudizio; 2) in tema di revisione la prova nuova è quella che, da sola o unitamente a quelle già acquisite, sia idonea a ribaltare il giudizio di colpevolezza dell'imputato: in sede di delibazione preliminare, tale valutazione va compiuta in astratto, senza rendere penetranti anticipazioni del giudizio di merito, riservate alla fase successiva, da svolgersi in contraddittorio.

quando questa riguardi nuove sopravvenienze fattuali ma anche quando sia motivata dall'impiego di nuove tecniche e conoscenze scientifiche su dati già acquisiti e valutati[1069].

Nella pronuncia *de quo*, la Corte ha affrontato il tema della riconducibilità al concetto di *novum* di tecniche, rese possibili dal progresso tecnologico, utilizzate sugli stessi elementi disponibili, e già valutati, nel corso del giudizio di merito. Nella specie, la digitalizzazione di un filmato consentiva una qualità di immagine decisamente più elevata rispetto al documento disponibile durante il processo conclusosi con la condanna, così potendo consentire lo svolgimento di quell'indagine antropometrica che non era stata effettuata in precedenza, proprio a causa della scarsa qualità delle riprese.

Prima di entrare nel cuore della pronuncia, giova ribadire alcuni concetti fondamentali, su cui ci si è soffermati nella sentenza in questione. La prova scientifica ha riguardo a tutto quell'apparato di conoscenze che non sono proprie dell'individuo comune e necessitano il ricorso a esperti, a soggetti cioè muniti di specifiche competenze tecnico–scientifiche. Con l'espressione *nuova prova scientifica*, invece, si fa riferimento a operazioni probatorie nelle quali si fa uso di strumenti scientifico–tecnici nuovi o controversi o di elevata specializzazione. L'ammissione di strumenti scientifici e tecnologici, individuati come prove rientranti nel concetto di *novità*, in relazione alla revisione ha vissuto una serie di problematiche, le quali sono sfociate in pronunce tutt'altro che univoche.

Mentre nessun particolare problema si profila quando una consulenza tecnica è fondata su elementi diversi da quelli che hanno formato oggetto del giudizio precedente, essendo la medesima pacificamente riconosciuta come prova *nuova* ai sensi dell'art. 630, comma 1, lett. c), c.p.p., suscettibile di portare all'apertura del giudizio di revisione, diverso è quando

[1069] La vicenda nasceva da una condanna all'ergastolo in relazione a una serie di reati, fra i quali i delitti di rapina e omicidio, risalenti al 1993. L'imputato, in sede di giudizio di merito davanti alla Corte d'assise d'appello, aveva chiesto la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale al fine di provvedere all'assunzione di una perizia antropometrica che utilizzava quale termine di raffronto il filmato della rapina. La Corte aveva respinto l'istanza con la motivazione che le cattive condizioni del filmato non avrebbero consentito il raggiungimento di risultati certi. Il condannato proponeva richiesta di revisione, che veniva dichiarata inammissibile dalla Corte d'appello di Trento con ordinanza del 16 luglio 2010. Il provvedimento era stato giustificato con il mancato riconoscimento della novità della prova, poiché si trattava di consulenza già considerata e valutata nel giudizio di merito, nel quale si era ritenuto di non poter ottenere risultati utili. Tuttavia, la prova *nuova*, proposta in sede di richiesta di revisione, non era la mera riproposizione della consulenza tecnica presentata a suo tempo alla Corte d'assise d'appello: si trattava, invece, di un'indagine antropometrica svolta, anziché sul filmato originario in VHS della rapina, le cui condizioni non permettevano di giungere a risultati apprezzabili, sulla sua trasposizione in forma digitale, la quale aveva consentito un deciso miglioramento delle immagini e, a parere della difesa, poteva in tal senso considerarsi *nuova*. Sulla scorta di tali censure, il difensore del condannato proponeva ricorso per cassazione avverso l'ordinanza della Corte d'appello di Trento.

si è al cospetto di una consulenza tecnica che, sulla base di elementi noti nel processo concluso e già valutati, utilizzi uno strumento tecnico–scientifico, nuovo in relazione al metodo impiegato o ai principi applicati, al fine di svolgere degli accertamenti che non erano possibili all'epoca del giudizio di merito.

Inizialmente, la Corte era orientata ad escludere la possibilità di una diversa valutazione tecnico–scientifica dei medesimi elementi entrati a far parte del giudizio di merito dall'ambito del *novum* richiesto dall'art. 630 c.p.p., argomentando che tali nuove valutazioni, in realtà, altro non sono che «apprezzamenti critici di elementi già conosciuti e valutati nel giudizio e [...] come tali inammissibili perché in contrasto con il principio della improponibilità per il giudizio di revisione di diverse e nuove valutazioni di dati acquisiti al processo, conosciuti e valutati». Una impostazione rigida che poggia le basi su due linee di pensiero, per certi versi opposte: da un lato, c'è il timore di indebolire il giudicato e aprire la strada a sempre più frequenti richieste di revisione sulla base della frenetica evoluzione scientifica; dall'altro, si rileva che la scienza è unica e certa, così risulta arduo comprendere come un metodo scientifico nuovo possa mettere in discussione gli approdi delle precedenti indagini scientifiche attuate nel processo.

La giurisprudenza che fa leva su questa posizione ermeneutica fatica a riconoscere la possibilità che un differente strumento tecnico–scientifico possa giungere a conclusioni diverse, ancorché muova dal medesimo punto di partenza, vale a dire i dati fattuali già esaminati nel giudizio di merito. In questo senso, vengono rifiutate le idee di falsificabilità, relatività ed evoluzione che connotano il concetto stesso di scienza e si *rifugge la dimostrazione dell'applicabilità di scelte alternative che diano al fatto provato una spiegazione differente*.

Successivamente, i giudici di legittimità hanno rivisto la propria posizione e sono giunti alla conclusione che una diversa valutazione tecnico–scientifica degli elementi già oggetto di accertamento nel giudizio precedente possa rientrare nel concetto di *novum* richiesto dall'art. 630 lett. c) c.p.p., purché sia svolta con nuove metodologie e sulla scorta di nuovi principi che possano «condurre anche alla conoscenza di fatti nuovi e non solo di valutazioni diverse». Tutto ciò precisando, però, che il metodo *nuovo* deve essere accreditato e reso pienamente attendibile dalla comunità scientifica, nonché idoneo a raggiungere risultati diversi rispetto a quelli acquisiti nel giudizio di merito, superando i criteri adottati in quella sede.

Non è, infatti, sufficiente che emerga la possibilità di applicare una nuova metodologia scientifica per poter proporre la revisione del processo e rovesciare così il giudicato formatosi. Occorre, invece, specificare il diverso risultato al quale, con tale nuovo accertamento, si potrebbe pervenire. Opinare diversamente significa attribuire al nuovo mezzo tecnico–scientifico la capacità di revocare in dubbio automaticamente ogni sentenza di condanna fondata su un accertamento peritale, a prescindere dalla concreta possibilità del metodo di giungere a risultati diversi, così finendo per attribuire alla revisione un'errata funzione di quarto grado di giudizio.

Nel condividere questo secondo orientamento si è affermato che «la novità della prova scientifica può essere correlata all'oggetto stesso dell'accertamento oppure al metodo scientifico scoperto o sperimentato, successivamente a quello applicato nel processo ormai definito, di per sé idoneo a produrre nuovi elementi fattuali». In quest'ultimo caso, spetta al giudicante la valutazione in ordine alla possibilità, da un canto, che la nuova metodologia conduca a risultati diversi, dall'altro, che questi, soli o uniti con gli elementi già valutati, facciano sorgere il ragionevole dubbio della non colpevolezza.

In altre parole, ciò che rileva, dunque, non è tanto la potenziale ricorribilità ad un metodo di indagine nuovo, quanto la concreta idoneità del mezzo di prova di pervenire, per effetto del progresso scientifico, a risultati probatori sostanzialmente diversi e suscettibili di mutare il contenuto dell'accertamento espletato nel precedente giudizio. Non conta la metodologia di indagine (che potrebbe anche essere la stessa, benché aggiornata e perfezionata alla luce di nuove scoperte) ma il probabile risultato della *nuova* prova scientifica.

Così, il sindacato sulla novità della prova scientifica deve passare attraverso una serie di valutazioni. Anzitutto, deve vagliarsi la novità del metodo proposto; in secondo luogo, è necessario provvedere ad accertare la scientificità dello stesso; in terzo luogo, deve applicarsi il nuovo metodo scientifico alle prove diversamente valutate nel giudizio di merito; inoltre, il giudice deve operare un giudizio di concreta novità delle risultanze; infine, gli elementi così ottenuti devono essere valutati nel contesto delle prove raccolte in precedenza, così da decidere se siano idonei a mutare la *res iudicata*.

Tale orientamento esegetico, peraltro, si pone in perfetta armonia con gli approdi europei in punto di riapertura del processo a fronte di una nuova prova scientifica. Infatti, la Corte europea dei diritti dell'uomo assegna una particolare importanza alle nuove prove

scientifiche, avendo la medesima affermato che le Corti nazionali dovrebbero interpretare la loro legislazione alla luce del progresso scientifico e delle conseguenti ripercussioni sociali.

5. Rinnovazione in appello delle dichiarazioni dei testimoni esperti: la recente pronuncia delle Sezioni Unite.

L'intricato rapporto che intercorre tra scienza e conoscenza nel processo penale si è di recente arricchito di ulteriori contenuti a seguito di una pronuncia delle Sezioni Unite[1070], con la quale è stato esteso alle dichiarazioni rese dal perito e dal consulente tecnico nel corso del dibattimento di primo grado l'ambito di operatività della nuova e obbligatoria ipotesi di rinnovazione della prova in appello di cui all'art. 603, comma 3 *bis*, c.p.p.
Prima di addentrarsi nella pronuncia, è doveroso ricordare che a tale inedita ipotesi di rinnovazione si è giunti dopo che la Corte di Strasburgo aveva riscontrato un vero e proprio *deficit* strutturale del nostro giudizio di appello. Con la pronuncia *Dan c. Moldavia*[1071], infatti, la Corte europea, facendo leva sull'art. 6 C.E.D.U. – che tutela il diritto dell'imputato ad un processo equo – ha sottolineato la portata garantistica dell'immediatezza, ovverosia della necessità che la prova si formi direttamente al cospetto del giudice chiamato a valutarla. Secondo i giudici di Strasburgo, qualora un giudice d'appello sia chiamato ad esaminare un caso in relazione ai fatti di causa e alla legge, e a fare una valutazione completa della questione relativa alla colpevolezza o all'innocenza del ricorrente, il medesimo non può, per una questione di rispetto delle regole sul giusto processo, adeguatamente decidere senza una valutazione diretta delle prove. Ciò perché coloro che hanno la responsabilità di decidere la colpevolezza o l'innocenza di un imputato dovrebbero, in linea di massima, poter udire i testimoni personalmente e valutare la loro attendibilità; dunque, la possibilità per l'imputato di confrontarsi con un testimone, in

[1070] Sez. Un. 28 gennaio-2 aprile 2019, n. 14426, con note di D. Polidoro, *Istruttoria dibattimentale nel processo di appello e rinnovazione delle dichiarazioni provenienti dalle fonti di prova tecnicamente qualificate: ipotesi e soluzioni*, in *Arch. Pen.*, 1, 2018; L. Nullo, *Le Sezioni Unite definiscono il rapporto tra rinnovazione dell'istruzione dibattimentale e dichiarazioni del testimone esperto*, in *Arch. Pen.*
[1071] Corte E.d.u., Sez. III, 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*, si consiglia A. Gaito, *Verso una crisi evolutiva per giudizio di appello. L'Europa impone la riassunzione delle prove dichiarative quando il p.m. impugna l'assoluzione*, in *Arch. Pen.*, n. 2/2012.

presenza del giudice chiamato a decidere in ultima istanza sull'accusa, è una garanzia di un processo equo[1072].

Nel solco di tale pronuncia si è poi successivamente posta la nota sentenza *Dasgupta*[1073] che ha chiarito come l'affermazione di responsabilità dell'imputato pronunciata dal giudice di appello su impugnazione del pubblico ministero, in riforma di una sentenza assolutoria fondata sulla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, delle quali non sia stata disposta la rinnovazione ai sensi dell'art. 603, comma 3, c.p.p., integri di per sé un vizio di motivazione della sentenza di appello, *ex* art. 606, comma 1, lett. e), per mancato rispetto del canone di giudizio *al di là di ogni ragionevole dubbio* di cui all'art. 533, comma 1, c.p.p. Analogamente, la sentenza Patalano[1074] ha esteso il medesimo obbligo di rinnovazione anche al caso di ribaltamento della sentenza assolutoria emessa a seguito del "giudizio abbreviato".

Conseguentemente, il legislatore, con l'art. 1, comma 58, L. n. 103 del 2017[1075], ha attribuito veste normativa alla predetta ipotesi di rinnovazione, introducendo all'interno dell'art. 603 c.p.p., il comma 3 *bis*, a norma del quale "nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale"[1076].

[1072] Nella medesima direzione della sentenza *Dan c. Moldavia*, anche Corte E.d.u., Sez. III, sentenza 4 giugno 2013, *Hanu c. Romania*, ric. 10890/04 che ha esteso l'applicazione di tale regola anche ai casi in cui la nuova audizione non sia stata richiesta dall'imputato, riconoscendo cioè un dovere in capo alla Corte di appello di procedere d'ufficio alla assunzione della prova. A sostegno del principio affermato, i giudici strasburghesi hanno tenuto a precisare che l'osservazione diretta del comportamento del teste e la conseguente valutazione della sua attendibilità assume, in relazione alla essenzialità del contraddittorio nell'ambito del procedimento probatorio, conseguenze decisive per l'accusato.

[1073] Sez. Un., 28 aprile 2016, Dasgupta, in CED, n. 267487 con nota di F. Giunchedi, *Ulisse approda ad Itaca. Le Sezioni Unite impongono la rilevabilità d'ufficio dell'omessa rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale*, in *Arch. Pen.*, n. 2, 2016.

[1074] Sez. Un., 19 gennaio 2017, Patalano, in CED, n. 269785.

[1075] La l. 23 giugno 2017, n. 103 – c.d. "Riforma Orlando", entrata in vigore il 3 agosto 2017 – ha portato a compimento un importante progetto di riforma di plurime disposizioni normative incidenti nell'intero sistema penale, tanto da un punto vista sostanziale quanto processuale. In particolare, «l'azione riformatrice si prefigge l'ambizioso orizzonte di una riforma capace di toccare i vari segmenti dell'intervento penalistico: quello sanzionatorio, quello decisorio, quello esecutivo» (G. Spangher, *La riforma Orlando della giustizia penale. Prime riflessioni*, in G. Spangher, *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, Ospedaletto, Pacini Editore, 2017).

[1076] Sull'argomento si vedano P. Dell'Anno e A. Zampaglione, *Prima condanna in appello tra riforma Orlando e recente giurisprudenza*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2018, 4, p. 539 ss..; N. Galantini, *La riassunzione della prova dichiarativa in appello: note a margine di sezioni unite Troise*, in *www.penalecontemporaneo.it*»; M. Gialuz, A. Cabiale e J. Della Torre, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *Dir. pen. cont. Riv. Trim.*, 2017, 3, p. 186 ss..; A. Macchia, *Le novità dell'appello: rinnovazione dell'appello, concordato sui motivi*, in *www.penalecontemporaneo.it*; A. Marandola, *Prime riflessioni sul "nuovo" giudizio d'appello*, in *Dir. pen. Con.*, 2018, 2, p. 159 ss..; L. Suraci, *La rinnovazione del dibattimento in caso di proscioglimento*,

Ciò premesso, con riferimento alla deposizione resa dal cd. dichiarante esperto o tecnicamente qualificato, la cassazione, riunita nella Sua più insigne composizione, ha innanzitutto sintetizzato i termini del contrasto interpretativo rilevato dalla Sezione rimettente.

Secondo una prima impostazione, le dichiarazioni dei periti e dei consulenti tecnici hanno, al pari di quelle testimoniali, natura dichiarativa: come tali, esse sono assoggettate all'obbligo di rinnovazione del dibattimento in appello, qualora la Corte intenda riformare *in pejus* la sentenza assolutoria di primo grado.

Un differente indirizzo giurisprudenziale – muovendo dalla considerazione secondo cui il giudice non è chiamato a valutare l'attendibilità e la credibilità dei periti e dei consulenti tecnici, come invece fa con i testimoni *puri*, *assistitI* o *connessi*, bensì l'affidabilità scientifica degli stessi – ritiene che la figura del testimone non sia sovrapponibile a quella del perito e del consulente, anche perché le relazioni di questi ultimi vengono acquisite e diventano parte integrante della deposizione: non vertendosi nell'ambito di prove dichiarative, la Corte di Appello che intenda riformare la sentenza assolutoria di primo grado, non avrebbe l'obbligo di procedere alla rinnovazione dibattimentale delle dichiarazioni rese dai citati soggetti[1077].

In secondo luogo, il Collegio esteso ha chiarito il significato del sintagma *prova dichiarativa* cui fa riferimento il novellato art. 603 c.p.p., concentrandosi sulle norme del codice di procedura penale e, più specificamente, soffermandosi su due aspetti essenziali: la *funzione* e le *modalità di espletamento* della perizia e della consulenza tecnica.

Con riferimento alla prima, l'art. 220 c.p.p. dispone che la perizia può avere ad oggetto indagini, acquisizioni di dati e valutazioni; tutte attività, queste, che richiedono «specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche». Quanto alle modalità con cui il perito deve rispondere al quesito, l'art. 227 c.p.p. prevede due possibilità: la risposta orale immediata e la risposta a mezzo di una relazione scritta da depositare entro il termine stabilito dal

---

in G. Spangher, *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, cit., p. 255 ss.

[1077] Questa tesi costituisce il corollario di quella giurisprudenza secondo la quale la perizia è una prova *neutra* e, quindi, non potendo avere, per assioma, valenza decisiva, non può essere impugnata con il ricorso per cassazione neppure nei ristretti limiti di cui all'articolo 606 c.p.p., comma 1, lettera d) ma, solo sotto il profilo motivazionale nel senso che la Corte di cassazione – non potendo interloquire sulla maggiore o minore attendibilità scientifica degli apporti scientifici esaminati dal giudice, ossia stabilire se la tesi accolta dal giudice di merito sia esatta o meno – deve limitarsi solo a verificare se la soluzione prospettata sia spiegata in modo razionale e logico (*in terminis*, Sez. IV, n. 22022 del 22/02/2018, Tupini, Rv. 273586; Sez. IV, n. 15493 del 10/03/2016, Pietramala, Rv. 266787; Sez. V, n. 6754 del 07/10/2014, dep. 2015, C., Rv 262722).

giudice, nel solo caso di «accertamenti di particolare complessità». In tale ultima evenienza, non si verifica una omissione del contraddittorio, ma solo un differimento del medesimo, posto che, a norma del combinato disposto degli artt. 501-511 c.p.p., la relazione viene letta e acquisita agli atti dell'istruttoria dibattimentale solo dopo che il perito sia stato esaminato nel contraddittorio delle parti. E, peraltro, l'art. 501 c.p.p., dispone che per l'esame del perito «si osservano le disposizioni sull'esame dei testimoni in quanto applicabili»: la qual cosa consente di affermare che la disciplina codicistica ha assimilato il perito al testimone.

Nel dibattito scientifico, si è soliti distinguere la testimonianza dalla perizia sotto il profilo contenutistico, in quanto la prima implica l'esposizione di un fatto percepito mentre la seconda la valutazione di un fatto sulla base di specifiche competenze. Così, la testimonianza è stata qualificata come prova *rappresentativa-dichiarativa* e la perizia come prova *critica-tecnica*. È proprio sulla scorta di tale distinzione, che una parte della giurisprudenza ha dubitato che la perizia potesse essere considerata *prova dichiarativa*.

In ultima analisi, le Sezioni Unite evidenziano come la testimonianza e la perizia siano entrambe qualificate *mezzi di prova* e risultino accomunate dall'attitudine a trasmettere informazioni nel corso del dibattimento davanti ad un giudice, nel contraddittorio delle parti, mediante il linguaggio verbale, garantendo i principi di oralità ed immediatezza che sono peraltro alla base dell'introduzione dell'art. 603, comma 3 *bis*, c.p.p. Ai fini della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello, non rileva quindi se le dichiarazioni abbiano natura percettiva o valutativa, essendo solo rilevante verificare che le stesse siano decisive ai fini dell'assoluzione dell'imputato all'esito del giudizio di primo grado.

In perfetta sintonia con il pensiero della Corte di Strasburgo, si è evidenziato come la decisività non sia una prerogativa della sola testimonianza ma anche della perizia. È irrilevante che il perito abbia depositato una relazione scritta che, all'esito dell'esame, venga acquisita agli atti, diventando utilizzabile a tutti gli effetti: quella relazione, infatti, benché scritta, resta convalidata dalle dichiarazioni rese dal perito stesso nel corso del dibattimento sicché, essendo a lui riconducibile, diventa parte integrante dell'esame al quale è stato sottoposto.

Ne consegue che, ai fini di cui all'art. 603, comma 3 *bis*, c.p.p., l'attenzione va focalizzata non tanto sul contenuto quanto sull'effetto che le dichiarazioni del perito hanno sulla decisione, sicché, ove siano ritenute decisive ai fini dell'assoluzione dell'imputato, vanno

considerate come una prova dichiarativa a tutti gli effetti e, quindi, anche a esse va applicato il principio secondo il quale il giudice di appello non può, sulla base di una diversa valutazione, porle a fondamento di una sentenza di riforma *in pejus*.

La prova dichiarativa alla quale la disposizione in esame si riferisce deve presentare le seguenti caratteristiche: a) deve trattarsi di prova che può avere ad oggetto sia dichiarazioni percettive che valutative perché la norma non consente interpretazioni restrittive di alcun genere; b) deve essere espletata a mezzo del linguaggio orale (testimonianza; esame delle parti; confronti; ricognizioni), perché questo è l'unico mezzo che garantisce e attua i principi di oralità e immediatezza, tant'è che in essa non possono essere ricompresi quei mezzi di prova che si limitano a veicolare l'informazione nel processo attraverso scritti o altri documenti (art. 234 c.p.p.); c) dev'essere decisiva, essendo stata posta dal giudice di primo grado a fondamento dell'assoluzione.

Sulla scorta di tali considerazioni, le Sezioni Unite hanno ritenuto applicabile la regola dell'art. 603, comma 3 *bis*, c.p.p. anche all'esame del perito[1078], affermando i seguenti principi: 1) «la dichiarazione resa dal perito nel corso del dibattimento costituisce una prova dichiarativa. Di conseguenza, ove risulti decisiva, il giudice di appello ha l'obbligo di procedere alla rinnovazione dibattimentale, nel caso di riforma della sentenza di assoluzione sulla base di un diverso apprezzamento di essa»; 2) «ove, nel giudizio di primo grado, della relazione peritale sia stata data la sola lettura senza esame del perito, il giudice di appello che, su impugnazione del pubblico ministero, condanni l'imputato assolto nel giudizio di primo grado, non ha l'obbligo di rinnovare l'istruzione

[1078] Le Sezioni Unite hanno, altresì, precisato come la relazione peritale possa essere semplicemente letta, senza che il perito sia esaminato, ove vi sia l'accordo delle parti in base al combinato disposto degli artt. 495, comma 4 *bis*, e 511, comma 2, c.p.p., ovvero, quando, di essa sia data lettura senza il consenso delle parti le quali, però, non avendo tempestivamente eccepito la nullità, ne determinano la sanatoria *ex* art. 183, comma 1, lett. a), c.p.p. Essendo, in questi casi, la relazione peritale veicolata nel processo attraverso la sola scrittura, deve ritenersi non applicabile la regola della rinnovazione obbligatoria del dibattimento di cui all'art. 603, comma 3 *bis*, c.p.p., riservata, come si è detto, alle sole prove dichiarative, ossia quelle in cui l'informazione è veicolata attraverso il linguaggio verbale. Ovviamente nulla impedisce al giudice di appello, ove lo ritenga «assolutamente necessario», di citare d'ufficio il perito al fine di sottoporlo ad esame: ma non si tratta di un obbligo, bensì di una facoltà esercitabile ai sensi dell'art. 603, comma 3, c.p.p. Per la Suprema Corte, le considerazioni espresse a proposito del perito devono ritenersi valide anche per il consulente tecnico. Come noto, questi può essere nominato nell'ambito della perizia (c.d. consulenza endoperitale) con la funzione di garantire il contraddittorio nella fase delle indagini (art. 230 c.p.p.) oppure quando non vi sia stata la nomina di un perito (c.d. consulenza extraperitale, *ex* art. 233 c.p.p.) con la funzione di «esporre al giudice il proprio parere anche presentando memorie a norma dell'art. 121 c.p.p.». Il consulente, quindi, può espletare il mandato conferitogli dalla parte oralmente, qualora venga esaminato sulla base del combinato disposto degli artt. 468, commi 1 e 2, e 501 c.p.p., ovvero per iscritto, ove si limiti ad esprimere il proprio parere mediante memorie: come per il perito, solo nel primo caso può parlarsi di «prova dichiarativa» e di conseguenza di rinnovazione dell'istruttoria in appello *ex* art. 603, comma 3 *bis*, c.p.p.

dibattimentale attraverso l'esame del perito»; 3) «le dichiarazioni rese dal consulente tecnico oralmente vanno ritenute prove dichiarative, sicché, ove siano poste a fondamento dal giudice di primo grado della sentenza di assoluzione, il giudice di appello – nel caso di riforma della suddetta sentenza sulla base di un diverso apprezzamento delle medesime – ha l'obbligo di procedere alla rinnovazione dibattimentale tramite l'esame del consulente».

Abstract: Con il progresso della scienza in ogni settore è sempre più frequente il ricorso alla prova scientifica. La necessità è quella di impiegare nell'accertamento del fatto nozioni che trascendono il patrimonio di conoscenze dell'uomo medio. In particolare, il complesso rapporto tra scienza e processo penale ha, in questi anni, palesato una significativa evoluzione anche sul terreno della revisione e su quello della rinnovazione della prova in appello.

Abstract: With the progress of science in every sector the use of scientific evidence is more and more frequent. The need is to employ notions that transcend the knowledge base of the average man in ascertaining the fact. In particular, the complex relationship between science and the Criminal trial has, in recent years, revealed a significant evolution also in the field of revision and also in that of renewal of the appeal test..

Parole chiave: Prova scientifica – procedimento probatorio – revisione – rinnovazione della prova in appello.

Key words: Scientific evidence – evidence procedure – retrial – appeal renewal evidence.

PROCESSO PENALE E PROVA INFORMATICA: PROFILI INTRODUTTIVI*.

di Gianrico Ranaldi**

Sommario. 1. Sapere scientifico e libero convincimento del giudice. – 2. Titolo. – 3. (Segue): I lineamenti della prova informatica – 4. Il "ritardo" del legislatore e le spinte a matrice sovranazionale. – 5. I futuribili: l'intelligenza artificiale ed il *due process of law*.

1. Sapere scientifico e libero convincimento del giudice.

L'analisi del rapporto tra scienza e processo, in genere, e processo penale, in particolare, ha origini risalenti. Infatti, sia la dottrina, che la giurisprudenza -di merito e di legittimità- hanno tentato di definire i *contorni* di una relazione, che è di per sé complessa ed articolata, e che sconta perlomeno il disallineamento dei relativi canoni di ragionamento[1079].

Segnatamente, se il sapere scientifico oramai rappresenta, con l'aumento del progresso tecnologico, uno strumento di fondamentale importanza in sede di verifica, ad opera del giudice penale, dell'ipotesi di lavoro formulata con l'atto imputativo, è chiaro che le attività del giudice e dello scienziato non siano, per dir così, "sovrapponibili"[1080].

---

* *Sottoposto a referaggio*.

** Professore associato di Diritto processuale penale – Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

[1079] Sul necessario impiego di "esperti" per la ricostruzione del fatto contestato con l'atto imputativo, i cui elementi costitutivi riconducono a competenze tecniche particolari e specifiche, v. Damaska, *Diritto delle prove alla deriva*, trad. it., Bologna, 2003, p. 205. In materia conserva rilievo fondamentale l'opera di Stella, *Giustizia e modernità*, Milano, 2003, 11 ss.

[1080] In tema, Canzio, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 10, p. 1195 ss.; Caprioli, *La scienza "cattiva maestra": le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3520; Dominioni, *La prova scientifica*, Milano, 2005, p. 25 ss.; *Id.*, *Prova scientifica (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, *Annali*, II, Milano, 2008, p. 976 ss.; *Id.*, *In tema di nuova prova scientifica*, in *Dir. proc. pen,*; Lorusso, *La prova scientifica*, in *La prova penale*, diretto da Gaito, I, Torino, 2008, p. 295 ss.; Lupària, *Processo penale e scienza informatica: anatomia di una trasformazione epocale*, in *Investigazione penale e tecnologia informatica*. *L'accertamento del reato tra progresso scientifico e garanzie fondamentali*, a cura di Lupària, Zaccardi, Milano, 2007, p. 127 ss.; Varraso, *La prova tecnica*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, II, *Prove e misure cautelari*, 1 t., *Le prove*, a cura di Scalfati, Torino, 2009, 229 ss.; Tonini, *Prova scientifica e contraddittorio*, in *Dir. pen. proc,*, 2001, 1459 ss.. Nel settore processual-civilistico, tra gli altri, v. Denti, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 414; Comoglio, *Le prove civili*, Torino, 2010, 839 ss,; Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 307 ss.; Id., *La prova scientifica nel processo civile*, in

Per conseguenza, la mera introduzione al tema della relazione esistente tra sapere scientifico e convincimento giudiziale abbisogna di alcune, non differibili, "regole d'ingaggio"[1081].

E si spiega.

Se "non è naturalmente necessario che il giudice abbia le conoscenze scientifiche dell'esperto né che compia ex novo il percorso dal medesimo compiuto", è rilevante "che egli sia in grado di valutare la validità dei metodi scientifici utilizzati". Pertanto, "non è richiesto che il giudice sia un esperto ma che sia in grado di valutare a quali condizioni un'informazione può essere ritenuta dotata di validità scientifica"[1082].

In altri termini, le principali difficoltà che emergono, in sede di valutazione degli elementi di prova a *matrice* scientifica, conseguono all'evoluzione che ha avuto il concetto di scienza nel corso degli anni.

In particolare, la prova scientifica era considerata una sorta di prova «*sui generis,* svincolata dalle regole ordinarie"[1083], in quanto il giudice, in sede di ricostruzione del fatto descritto nell'editto accusatorio attraverso l'uso di leggi scientifiche di copertura, si affidava totalmente al perito, che, a sua volta, era considerato l'unico in grado di conoscere e trasmettere il sapere tecnico e specialistico.

Scritti per F. Stella, II, Napoli, 2007, 1325 ss.. Sul punto, è enorme il contributo della letteratura straniera. In proposito, nel contesto anglosassone, tra gli altri, v. Beecher-Monas, *Evaluating Scientific Evidence. An interdisciplinary framework for intellectual due process*, Cambridge, 2007, 36 ss.; L-T Choo, *Evidence*, Oxford, 2015, 313 ss.; AA.VV., *Expert evidence and scientific proof in criminal trials*, a cura di Roberts, 2017, 11 ss.; Roberts, Zuckerman, *Criminal Evidence*, Oxford, 2010, 469 ss.; Walton, Zhang, *The epistemology of scientific evidence*, in *Artificial Intelligence and Law*, 21, 2, 2013, 2 ss.

[1081] Scienziato e giudice ricercano, entrambi, elementi ed informazioni utili per conoscere un fenomeno, così da comprenderne le possibili cause e gli effetti. Mentre il compito «*dello scienziato è quello di esaminare un fatto ripetibile nel senso che è riproducibile o, comunque, si è riprodotto in modo da essere osservato. La finalità è quella di ricavare le leggi della natura che ne regolano lo svolgimento*», anche in considerazione della circostanza che lo specifico «*fenomeno fisico o chimico obbedisce a leggi della natura che sono uniformi, poste le medesime condizioni*», il compito del giudice consiste nell'esaminare «*un fatto umano* […] *che è avvenuto nel passato* […] *non è ripetibile* […] *e non è determinato da leggi*». L'attività giurisdizionale tende all'accertamento di un fatto «*al fine di valutare la responsabilità penale di una persona in relazione ad un'imputazione formulata* […] *da un organo di accusa*»; lo scienziato «*può dichiarare che un problema al momento non è risolvibile con dati controllabili e misurabili. Di contro il giudice deve decidere al termine di un processo che si svolge in tempi predeterminati*» (Tonini, *La prova scientifica: considerazioni introduttive*, in *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di Tonini, in *Dir. pen. e proc. Dossier*, 2008, 6, 7-8).

[1082] Brusco, *La valutazione della prova scientifica*, in *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di Tonini, cit., 28.

[1083] Conti, Iudex peritus peritorum *e ruolo degli esperti nel processo penale*, in *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di Tonini, cit., 29.

Quanto detto valeva quale corollario applicativo alla concezione positivistica della scienza che era invalsa in passato ed ha avuto dirette conseguenze anche nella concezione del rapporto tra scienza e processo penale.

Infatti, i sostenitori della specifica impostazione teorica ritenevano che la scienza fosse infallibile[1084]: ne conseguiva, per quanto in questa sede interessa, che nel processo penale era, per così dire, sufficiente che il giudice nominasse un perito, il quale avrebbe *rivelato* "la scienza idonea a spiegare il fenomeno oggetto di indagine"; per l'effetto, non sarebbe residuato spazio alcuno per il libero ed autonomo convincimento del giudice che, in sede di valutazione della *prova tecnica*, si sarebbe dovuto limitare a prendere atto della legge scientifica introdotta nel processo dal perito[1085], motivando *per relationem* rispetto, per l'appunto, a quanto contenuto nella relazione peritale[1086].

Sennonché, l'imprescindibile osmosi tra metodo scientifico ed epistemologia giudiziaria ha avuto eco anche nella *riscrittura* dei canoni ideali di relazione tra sapere scientifico ed attività valutativa e decisoria del giudice.

Infatti, non essendo la scienza più ritenuta euristicamente infallibile[1087], si ritiene che qualsiasi inferenza -ad eccezione di quelle derivanti da leggi scientifiche a carattere generale o da leggi statistiche con margine di errore pressoché nullo- rivesta "comunque un carattere probabilistico e che anche il processo tecnologico e il metodo scientifico più

[1084] «*Era* illimitata *perché si riteneva che ogni singola legge scientifica aveva un valore generale e assoluto. La scienza era* completa *nel senso che la singola legge era idonea a spiegare interamente l'andamento del fenomeno. La scienza era* infallibile *perché era unica e non poteva sbagliare*» (Tonini, *La prova scientifica: considerazioni introduttive*, in *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di Tonini, cit., 9).

[1085] L'idea di libero convincimento affiorò, in ambito continentale, solo verso la fine del XVIII secolo, allorché i costituenti della Francia rivoluzionaria, con i decreti 16-29 settembre 1791 e 8/9 ottobre-3 novembre 1789, decisero di affidare la decisione della *quaestio facti* a una giuria di ispirazione anglosassone, dunque dotata di piena autonomia valutativa (*intime conviction*) e non gravata da obbligo di motivazione. In tale ipotesi, tuttavia, la scelta non costituì una reazione al sistema ordalico, ma al regime di valutazione probatoria che lo aveva soppiantato in Europa a partire dal XIII secolo, il regime delle prove legali positive. Su tale fase storica e sui suoi sviluppi successivi, v. Nobili, *Il principio del libero convincimento*, Milano, 1974, 145-266.

[1086] Conti, Iudex peritus peritorum *e ruolo degli esperti nel processo penale*, in *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di Tonini, cit., 29, la quale precisa, altresì, che «*in un quadro del genere si poteva affermare a buon diritto che la perizia era per definizione una prova neutra, come neutra era la scienza* […] *Si configurava, dunque, la perizia come una sorta di* prova legale».

[1087] «*La scienza è* limitata: *di un fenomeno è possibile cogliere un numero limitato di aspetti e rappresentarli con una legge scientifica. La scienza è* incompleta*: non appena altri aspetti del medesimo fenomeno sono conosciuti, la legge scientifica deve, se possibile, essere aggiornata e modificata per rappresentare anche tali aspetti; se non è possibile aggiornarla o modificarla, la legge deve essere abbandonata. La scienza è* fallibile*: ogni legge scientifica ha un tasso di errore che deve essere ricercato; la conoscenza del tasso di errore è l'unico indice che una teoria è stata seriamente testata.* […] *Una legge, per poter essere ritenuta scientifica, deve essere sottoposta a tentativi di falsificazione*» (Tonini, *La prova scientifica: considerazioni introduttive*, in *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di Tonini, cit., 9).

avanzato o connotato da scarsi margini di errore» sia «in grado di offrire risposte, nel processo, solo in termini di probabilità, talora bassa o medio-bassa, altre volte alta o medio-alta"[1088].

Stando così le cose, gli elementi di conoscenza promananti dall'impiego giudiziale di metodologie scientifiche, lungi dall'assumere valenza privilegiata e legale rispetto alla propria capacità di *spiegazione* del fatto di reato, devono essere valutati in maniera analoga agli elementi di prova, per così dire, ordinari: infatti, il giudice è chiamato a valutare la legge scientifica *indotta* nel processo dal c.d. *testimone esperto* al fine di comprenderne la specifica affidabilità ricostruttiva rispetto al fatto storico oggetto dell'imputazione, anche alla stregua delle ulteriori risultanze probatorie assunte nel corso del processo.

Pertanto, il giudice -in analogia con quanto avviene con tutte le fonti di prova e, quindi alla stregua del tradizionale *modello della motivazione legale e razionale* – ha l'onere di chiarire – anche con riferimento alla valutazione delle risultanze riconducibili all'assunzione di una prova scientifica- il proprio convincimento in merito all'accertamento del fatto di reato e, per l'effetto, di esporre il ragionamento logico giuridico che ha determinato, per quello che qui rileva, l'adesione alla specifica legge di copertura.

In altri termini, in sede di valutazione della prova scientifica *valgono* le ordinarie disposizioni normative relative al procedimento probatorio, con particolare riferimento al combinato disposto degli artt. 192, 546, 1° comma, lett. e), c.p.p.

Infatti, è la legge del processo ad imporre che "ogni passaggio argomentativo dal fatto probatorio al fatto da provare (oggetto della prova: art. 187 c.p.p.), principale o secondario, sia giustificato dal giudice che 'valuta la prova (l'elemento di prova) dando conto nella motivazione del risultati (probatori) acquisiti e dei criteri (d'inferenza) adottati', con riferimento alla regola d'inferenza probatoria applicata"[1089].

[1088] Canzio, *La motivazione della sentenza e la prova scientifica:* "Reasoning by probabilities", in *Prova scientifica e processo penale*, a cura di Canzio, Luparia, Padova, 2017, 13.

[1089] Canzio, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, cit., 1195. Inoltre, sul punto, si v. Conti, *Iudex peritus peritorum e ruolo degli esperti nel processo penale*, cit., 33-34, la quale chiarisce che «*come è noto, in un sistema come quello italiano il principio del libero convincimento significa che la sentenza è valida in quanto la motivazione è convincente. E questo comporta che non esistono prove più autorevoli di altre. Le prove valgono in ragione del loro contenuto. Pertanto, appare illogico riconoscere al perito in quanto tale un* quid pluris *di affidabilità, a pena di un ritorno alla prova legale*». Inoltre, «*occorre tener presente che nel processo penale non esiste il criterio della* best evidence *(prevalenza della prova migliore): ben può accadere che una prova dichiarativa prevalga sulla prova scientifica. In un sistema informato al principio del contraddittorio, la scienza non è attendibile in quanto tale ma in quanto sia in grado di dare una spiegazione convincente del fatto da accertare*».

Sennonché, la suspecificata impostazione sconta una difficoltà di fondo: il giudice è spesso privo delle conoscenze specialistiche necessarie per valutare in modo adeguato le leggi scientifiche *proposte* dal perito o dal consulente tecnico di parte.

Ne consegue -anche al fine di evitare il rischio di un sostanziale appiattimento sulle conclusioni dell'*esperto*, con le conseguenti ricadute negative in tema di autonoma valutazione del giudice- la necessità di individuare criteri e parametri idonei a garantire l'effettività dell'attività giurisdizionale di controllo e, per così dire, di validazione della legge scientifica di copertura.

Vale a dire.

Se la scienza non è in grado di garantire un determinato risultato probatorio con assoluta certezza e se, per l'effetto, lo scienziato deve procedere attraverso continui tentativi di falsificazione dell'ipotesi congetturale formulata[1090], allora il giudice penale non può che assimilare lo specifico *modus operandi* valorizzando il più possibile il metodo del contraddittorio per la prova anche in sede di esame e analisi del grado di affidabilità della metodologia impiegata dall'*expert witness*, in sede di elaborazione ed assunzione della prova scientifica "raccolta" nel corso del giudizio.

Infatti, sta nei canoni modali del *giusto processo* la *best practice* per dare ausilio al giudice al fine di orientarsi e selezionare -tra le molteplici leggi scientifiche in astratto applicabili nella ricostruzione dei fatti oggetto dell'imputazione-quella adeguata alla spiegazione causale del caso concreto: se il *metodo dialettico* (*rectius*: il contraddittorio in senso forte ossia per la formazione della prova) è inteso come lo strumento elettivo per la ricostruzione del fatto contestato – e, quindi, per la *ricerca* della verità processuale – allora anche la

[1090] Ferrua, *Metodo scientifico e processo penale*, in *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di Tonini, cit., 12-13, secondo il quale il c.d. metodo scientifico -ossia l'insieme delle procedure di formulazione delle leggi scientifiche- è quello volto alla costituzione di un sapere certo e giustificato. Tuttavia, «*se il metodo può dirsi scientifico solo in quanto garantisca una conoscenza indebitamente certa, allora il metodo scientifico non esiste*», *salvo che nel caso delle scienze formali o analitiche. Infatti, «non esiste un metodo in grado di garantire l'assoluta certezza o verità delle conclusioni, le quali restano soltanto più o meno probabili (anche se convenzionalmente sono presentate come certe). La fallibilità è la contropartita per l'accrescimento di conoscenza che le conclusioni producono rispetto alle premesse, a differenza dei sistemi formalizzati dove le dimostrazioni sono tra-sformazioni sintattiche e le conclusioni sono già logicamente contenute negli assiomi di partenza». Ne deriva, pertanto, che «per quanto solida, ogni teoria scientifica ha pur sempre carattere congetturale» e che, quindi, «esiste sempre una pluralità di teorie in grado di spiegare i medesimi fatti empirici*».

prova scientifica dovrà essere sottoposta alla procedura di controllo e falsificazione processuale coincidente, per l'appunto, con l' assunzione nel contraddittorio tra le parti[1091]. Stando così le cose, garantire la pienezza della dialettica tra le parti in sede assunzione della prova, in genere, e di quella scientifica, in particolare, rappresenta il *viatico* imprescindibile attraverso il quale il giudice potrà acquisire i mezzi necessari per adempiere alla propria "difficile e autonoma opera di decostruzione delle assunzioni sottostanti alle proposizioni scientifiche, secondo le peculiari esigenze di giustizia e nell'interesse pratico di risolvere la controversia"[1092]. Infatti, il giudice, al fine di accertare, come accennato in precedenza, l'affidabilità e la validità scientifica di una data teoria e, soprattutto, la sua rilevanza rispetto al fatto contestato nell'imputazione- dovrà compiutamente valutare: la controllabilità e falsificabilità della teoria di specie; la conoscenza del tasso di errore che ne caratterizza le implicazioni; la sottoposizione di essa al controllo della comunità scientifica; la generale accettazione di essa presso la comunità degli esperti[1093].

[1091] Ferrua, *Metodo scientifico e processo penale*, in *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di Tonini, cit., 17, il quale precisa che «*si sarebbe tentati a questo punto di considerare il contraddittorio come la traduzione processuale della falsificazione popperiana; ma, a ben vedere, i termini dell'equazione vanno invertiti. Sono la falsi-ficazione delle teorie, il metodo delle congetture e confutazioni a discendere dal contraddittorio proces-suale, a rappresentarne la trasposizione nella scienza, come ha sempre riconosciuto lo stesso Popper con i suoi frequenti richiami alla procedura accusatoria per i giurati. Secoli di processo inquisitorio ci hanno indotti a vedere nella discussione tra scienziati il modello ideale, lo specimen del contraddittorio, ma in realtà è stato l'antico processo accusatorio ad ispirare la moderna visione della scienza*».

[1092] Canzio, *La motivazione della sentenza e la prova scientifica:* "Reasoning by probabilities", cit., 12.

[1093] La specifica elencazione è stata enucleata dalla giurisprudenza italiana, che -in analogia a quanto chiarito dai giudici americani- ha individuato specifici criteri ermeneutici in grado di orientare il giudice in sede di valutazione delle diverse teorie scientifiche. Il riferimento è, come è noto, a Court of appeals of District of Columbia, 3 dicembre 1923, n. 293, Frye v. United States, in Federal Report, 1923, 1013, nonchè a Supreme Court of the United States 28 giugno 1993, Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc., in Minnesota Law Review, 1994, 1345. Per quanto concerne la giurisprudenza italiana, v., su tutte, Cass., Sez. IV, 17 settembre 2010, Cozzini, in *Guida al dir.*, 2011, 6, 93, secondo cui «*l'affermazione del rapporto di causalità tra le violazioni delle norme antinfor-tunistiche ascrivibili ai datori di lavoro e l'evento-morte (dovuta a mesotelioma pleurico) di un lavorato-re reiteratamente esposto, nel corso della sua esperienza lavorativa (esplicata in ambito ferroviario), all'amianto, sostanza oggettivamente nociva, è condizionata all'accertamento: (a) se presso la comunità scientifica sia sufficientemente radicata, su solide e obiettive basi, una legge scientifica in ordine all'effetto acceleratore della protrazione dell'esposizione dopo l'iniziazione del processo carcinogenetico; (b) in caso affermativo, se si sia in presenza di una legge universale o solo probabilistica in senso statistico; (c) nel caso in cui la generalizzazione esplicativa sia solo probabilistica, se l'effetto acceleratore si sia deter-minato nel caso concreto, alla luce di definite e significative acquisizioni fattuali; (d) infine, per ciò che attiene alle condotte anteriori all'iniziazione e che hanno avuto durata inferiore all'arco di tempo com-preso tra inizio dell'attività dannosa e l'iniziazione della stessa, se, alla luce del sapere scientifico, possa essere dimostrata una sicura relazione condizionalistica rapportata all'innesco del processo carcinogenetico*». In proposito, v., inoltre, Dominioni, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi di elevata specializzazione*, Milano, 2005, 115 ss.; Gennari, *I criteri di ammissione della prova scientifica nel contesto internazionale*, in *Prova scientifica e processo penale*, a cura di Tonini, cit., 165 ss.; Naimoli, *Principio di falsificazione tra prova indiziaria e prova scientifica*, Ospedaletto, 2017, 79 ss..

In altre parole, è lecito ritenere che il giudice potrà assolvere al suo fondamentale ruolo di *gatekeeper* -ossia di *custode del metodo scientifico* – solo se optasse per il delineato *percorso di validazione*, che tende a verificare la coerenza esterna del ragionamento tecnico articolato e, quindi, a scongiurare il rischio dell'autoreferenzialità limitatrice di esso.

Pertanto, il convincimento del giudice in ordine all'affidabilità ermeneutica e ricostruttiva della teoria formulata dal perito o dal consulente tecnico non può conseguire, in esclusiva, alla semplice verifica di coerenza interna della relazione peritale o di consulenza, ma deve anche risultare da un percorso che conduca il giudice stesso ad interrogarsi sulla validità, estrinseca ed intrinseca, del ragionamento che l'*expert witness* ha ritenuto idoneo, nel caso concreto, in chiave esplicativa.

Per tirare le fila del discorso: il giudice deve informarsi sui presupposti di validità del metodo scientifico utilizzato nel processo, così da "essere pronto a esaminare visioni scientifiche diverse o anche contrapposte e a scegliere - dando logicamente conto della scelta - quella più convincente non in base ad un opzione pregiudiziale e immotivata ma, dopo aver dato il più ampio spazio al contraddittorio, quella fondata su una dimostrata attendibilità scientifica e su argomentazioni che non abbiano trovato obiezioni insuperabili"[1094]; infatti, è solo attraverso lo specifico *modus operandi* che il giudice sarà in grado, tra l'altro, di selezionare le leggi scientifiche, sin dalla fase della loro *ammissione* nel processo, e di distinguerle dalla c.d. "scienza spazzatura"[1095].

[1094] Brusco, *La valutazione della prova scientifica*, in *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di Tonini, cit., 28. Inoltre, in tema di valutazione della prova scientifica, con particolare riferimento alla necessità per il giudice di calare nel caso concreto la legge scientifica di riferimento al fine di escludere ogni ragionevole dubbio sulla ricostruzione del fatto per cui è processo, v. Cass., Sez. un., 10 luglio 2002, Franzese, in *Foro it.*, 2002, II, 601, secondo cui «*la conferma dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale non può essere dedotta automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile, così che, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con "alto o elevato grado di credibilità razionale" o "probabilità logica". L'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale, quindi il ragionevole dubbio, in base all'evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante della condotta omissiva del medico rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo, comportano la neutralizzazione dell'ipotesi prospettata dall'accusa e l'esito assolutorio del giudizio*».

[1095] Cfr. Naimoli, *Principio di falsificazione tra prova indiziaria e prova scientifica*, cit., 104.

2. La prova scientifica: rilievi minimi.

Descritto, con consapevole autolimitazione, l'articolato rapporto intercorrente tra sapere scientifico e processo penale, va delineato -seppur per cenni- il concetto, che rileva a fini processualpenalistici, di prova scientifica, tenuto conto che tra esso e la nozione di prova informatica intercorre un rapporto di *genus* a *species*.

Procediamo con ordine.

Può definirsi scientifica la prova che «*partendo da un fatto dimostrato, utilizza una legge scientifica per accertare l'esistenza di un ulteriore fatto da provare*»[1096]: infatti, essa si indentifica con il complesso di «*operazioni probatorie per le quali, nei momenti dell'ammissione, dell'assunzione e della valutazione, si usano strumenti di conoscenza attinti alla scienza e alla tecnica, cioè a dire principi e metodologie scientifiche, metodiche tecnologiche, apparati tecnici il cui uso richiede competenze esperte*»[1097].

Sotto il profilo strumentale, il mezzo attraverso il quale le suspecificate competenze specialistiche -ove non già possedute dal giudice- possono essere introdotte all'interno del processo penale, è rappresentato dal mezzo di prova della perizia (o della consulenza tecnica) -disciplinato dagli artt. 220 ss. c.p.p.- che è ammissibile, per l'appunto, «*quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche*».

Vale rilevare che, per un verso la perizia è considerata un "mezzo di prova del giudice", nella misura in cui il perito può essere nominato, in esclusiva, proprio dal giudice, che provvede in tal senso anche d'ufficio nel corso del dibattimento, mentre durante la fase delle indagini preliminari la nomina relativa può avvenire solo su richiesta di parte, qualora sussistano profili di urgenza ai sensi dell'art. 392 c.p.p.; per un altro verso, il sistema processuale riconosce alle parti un generale diritto alla prova tecnico scientifica, che si traduce, in buona sostanza, nella possibilità di nominare propri consulenti tecnici, sia nel caso in cui il giudice abbia già disposto l'assunzione di una perizia (art. 225 c.p.p.), sia nel caso in cui, di contro, essa non sia stata disposta (art. 233 c.p.p.).

[1096] Tonini, *La prova scientifica: considerazioni introduttive*, cit., 8.

[1097] Dominioni, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi di elevata specializzazione*, Milano, 2005, 12.

D'altronde, il riconoscimento in favore delle parti e dei soggetti processuali del diritto alla prova scientifica emerge, in via diretta, anche alla stregua dei contenuti – tanto degli artt. 359 e 360 c.p.p. – con riguardo all'attività di indagine condotta dal pubblico ministero – quanto degli artt. 391-*sexies* e 391-*decies* c.p.p. – in relazione alle investigazioni difensive dell'indagato e della persona offesa[1098]; si aggiunga, poi, che – in sede di udienza preliminare – nell'ambito dell'attività di integrazione probatoria di cui all'art. 422 c.p.p., il giudice – quando ritiene di non poter decidere allo stato degli atti (art. 421, 4° co., c.p.p.) ovvero quando non adotta un'ordinanza interinale di integrazione delle indagini (art. 421-*bis* c.p.p.) – può disporre, anche d'ufficio, l'assunzione delle prove delle quali appare evidente la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere e disporre la citazione, tra gli altri, dei periti e dei consulenti tecnici[1099].

Last but not least.

Va segnalato, da un lato che – come già detto in precedenza – per quanto concerne le fasi dell'ammissione e della valutazione di una prova scientifica, occorre richiamare non solo le disposizioni generali in materia di probatoria – con particolare riguardo agli artt. 187, 189 e 190 c.p.p- ma anche i suspecificati criteri interpretativi enucleati dalla giurisprudenza; mentre, dall'altro lato l'assunzione della prova scientifica – analogamente a quanto prescritto rispetto alle altre fonti di prova- avviene in maniera dialettica, ossia esaminando -nel contraddittorio delle parti- i periti ed i consulenti tecnici nel rispetto delle disposizioni codicistiche relative all'esame dei testimoni.

3. (Segue): I lineamenti della prova informatica.

Lo sviluppo tecnologico ha *accresciuto*, sia qualitativamente che quantitativamente, gli strumenti conoscitivi a disposizione del giudice e delle parti per condurre la verifica di fondatezza dell'ipotesi di lavoro delineata nell'imputazione e per ricostruire la relativa spiegazione causale.

[1098] «*Ciò comporta che tutte le parti hanno il diritto di ricercare le fonti e gli elementi di prova; hanno il diritto di presentare dati scientifici al giudice; hanno il diritto di nominare consulenti tecnici e di chiedere la loro ammissione; hanno il diritto di interrogare i propri consulenti e di contro-interrogare quelli della controparte*» (Tonini, *Prova scientifica e contraddittorio*, cit., 1462).

[1099] Varraso, *La prova tecnica*, cit., 245 ss.

In tale contesto speculativo, allora, si colloca la nascita e la diffusione applicativa delle *computer forensics* o delle investigazioni digitali[1100], che concernono le "tecniche e [gli] strumenti utilizzati per recuperare gli elementi di prova (digitali) all'interno di un computer"[1101].

Sennonché, la rilevanza dello studio dei sistemi informatici deriva dalla constatazione che essi pervadono capillarmente le singole attività umane, tanto che possono diventare, a seconda dei casi, strumenti necessari per la commissione di reati o, per quanto in questa sede interessa, mezzi attraverso i quali accertare e/o dimostrare l'integrazione di un determinato comportamento penalmente antigiuridico.

Infatti, un sistema informatico, "un computer portatile e uno *smartphone* conservano nella memoria interna una ingente massa di dati relativi al loro utilizzo, che consentono di risalire ad ogni attività che è stata espletata con il dispositivo"[1102].

Stando così le cose, è d'uopo, anzitutto, essere consapevoli della complessità dell'inquadramento concettuale delle medesime prove digitali[1103], considerata l'intrinseca specificità delle fonti di prova in esame, che pur rientrando nel novero delle prove scientifiche[1104] presentano, come nel prosieguo si vedrà, tratti assai peculiari, tanto che necessiterebbero di una "rivisitazione delle categorie processuali tradizionali"[1105].

[1100] Ziccardi, *L'origine della* computer forensics *e le definizioni*, in *Investigazione penale e tecnologia informatica. L'accertamento del reato tra progresso scientifico e garanzie fondamentali*, cit., 35 ss.

[1101] Aterno, *Acquisizione e analisi della prova informatica*, in *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di Tonini, cit., 61, il quale precisa, altresì, che lo specifico ambito scientifico si riferisce, più in generale, al mondo delle «*forensics sciences*», ossia alle «*scienze forensi applicate al mondo dei computer*». Ne consegue che «*l'ambito di applicazione di questa scienza dipende in parte dall'oggetto delle sue attenzioni: vi è la* computer forensics *con riferimento all'analisi dispositivi e supporti fisici e statici, la* network forensics *che ha come oggetto l'analisi forense di server e di reti, la* mobile forensics *che analizza i dispositivi cellulari e mobili, la* PDA forensics *che invece esamina con modalità forensi i telefoni palmari di ultima generazione*».

[1102] Cuomo, *La prova digitale*, in *Prova scientifica e processo penale*, a cura di Canzio, Luparia, cit., 672, il quale afferma, altresì, che «*le prove che i sistemi informatici contengono al loro interno non sono altro che cariche elettromagnetiche, perché le informazioni come una immagine, un suono, una sequenza video, un testo o un'altra rappresentazione del pensiero umano subiscono un processo di conversione in una sequenza di bit, risultanti dalla magnetizzazione o smagnetizzazione della superficie di un supporto o dalla variazione dello stato fisico della materia*».

[1103] «*Sul punto occorre intendersi fin da subito. Ben può utilizzarsi la formula digital evidence, o prova digitale, quale recipiente ove includere ogni forma di utilizzo a fini procedimentali, in senso lato, di dati originariamente contenuti in supporti informatici o telematici, oppure ancora trasmessi in modalità digitale. A patto, però, di tenere a mente che si tratta di un fenomeno con diverse sfaccettature, che mal si presta a inquadramenti a priori ed è difficilmente conciliabile con le tradizionali distinzioni in tema di prova. Più in particolare, la natura multiforme del dato digitale sconsiglia generalizzazioni aprioristiche*» (Pittiruti, Digital evidence *e procedimento penale*, cit., 8).

[1104] Sul rapporto tra prova scientifica e prova informatica s v. Pittiruti, Digital evidence *e procedimento penale*, Torino, 2017, 14 ss..

[1105] Conti, *La prova informatica e il mancato rispetto delle* best practice: *lineamenti sistematici sulle conseguenze processuali*, in *Cybercrime*, diretto da Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, Milano, 2019, 1329.

Segnatamente, sotto il profilo definitorio, le prove informatiche -o anche, seppur in via esemplificativa, *digital evidence*- rappresentano "il complesso di informazioni digitali in grado di stabilire se un crimine è stato commesso o che possono rappresentare un collegamento tra un crimine e le sue vittime o i suoi esecutori»[1106], tanto che può considerarsi digital evidence «ogni informazione probatoria la cui rilevanza processuale dipende dal contenuto del dato o dalla particolare allocazione su di una determinata periferica, oppure dal fatto di essere stato trasmesso secondo modalità informatiche o telematiche"[1107].

Sennonché, le specifiche fonti di prova risultano, come già accennato, di difficile collocazione all'interno delle ordinarie categorie probatorie.

Per un verso -stante la natura "multiforme" delle *digital evidence*- sussiste una sostanziale difficoltà nel ricondurre il relativo risultato probatorio nell'ordinaria bipartizione tra prove rappresentative e prove indiziarie o critiche.

Infatti, "la natura informatica del dato da cui trarre il risultato probatorio può vertere sia direttamente sul *thema probandum* sia su un fatto secondario da cui risalire al fatto principale: quale esempio del primo tipo v'è l'immagine pedopornografica in formato digitale il cui possesso è contestato all'imputato; quale esempio del secondo tipo possono addursi i file di log circa l'avvenuto accesso ad un social network per mezzo di un computer localizzato sulla *scena criminis* ove è stato commesso un omicidio nella medesima finestra temporale"[1108].

Per altro verso, è disagevole anche collocare la prova informatica all'interno dei mezzi di ricerca atipici o innominati ai sensi dell'art. 189 c.p.p.

E si spiega.

Se -contestualmente all'emersione della relativa problematica definitoria e di collocazione sistematica- non sembrarono esserci dubbi sull'inserimento della prova digitale tra le prove atipiche: infatti, l'art. 189 c.p.p. si prestava a raccogliere tutti gli strumenti d'indagine diversi da quelli espressamente tipizzati, di seguito, però, emersero non poche perplessità in ordine alla possibilità di inquadrare la *digital evidence* nell'ambito specifico.

Segnatamente, l'impostazione, che negò la relativa compatibilità di inquadramento, derivò

[1106] Casey, Digital evidence and Computer crime, in Academic Press, 2000, 196.
[1107] Marafioti, Digital evidence *e processo penale*, in *Cass. pen.*, 2011, 12, 4509.
[1108] Pittiruti, Digital evidence *e procedimento penale*, cit., 8-9.

da un duplice ordine di ragioni: da un lato, l'entrata in vigore della l. 18 marzo 2008, n. 48, determinò la modifica di istituti preesistenti, che vennero in parte rimodellati, assecondando *modi* e *maniere* che rendessero essi compatibili con il progresso tecnologico così che potessero essere impiegati anche per l'acquisizione, la raccolta e l'esame di dati informatici; dall'altro lato, si impose, in maniera problematica, il tema della congruità/adeguatezza della disciplina dettata dall'art. 189 c.p.p. rispetto alle peculiarità proprie della prova informatica[1109].

Pertanto, in un contesto comunque colmo di incertezze, si comprese -nel tentativo di inquadrare compiutamente il fenomeno probatorio in esame, e, per l'effetto, di procedere alla sua classificazione e regolamentazione processuale- che occorreva muovere dalle peculiarità del c.d. *documento informatico* (*id est*, dell'elemento probatorio da acquisire e valutare nel corso del procedimento).

Vale a dire.

La prova informatica si caratterizza principalmente perché ha ad oggetto *dati* che, per loro natura, sono immateriali: le informazioni digitalizzate, infatti, prescindono dal supporto su cui sono originariamente memorizzate[1110] e, per diretta conseguenza, sono agevolmente alterabili, in quanto possono essere facilmente modificate o addirittura cancellate qualora

---

[1109] Pittiruti, Digital evidence *e procedimento penale*, cit., 18 ss., il quale precisa che «*la natura digitale dell'informazione da apprendere al procedimento non appare, di per sé, tale da consentire una classificazione preventiva della fonte di prova. Il che impone di verificare, caso per caso, se lo strumento probatorio relativo al dato digitale utilizzato nel caso di specie sia estraneo o meno – e, se sì, sotto quale profilo: fonte di convincimento del tutto nuova, oppure diverse modalità operative di mezzo già noto – al catalogo legale*» Pertanto, è «*pienamente legittimo, allora, in astratto, immaginare attività investigative su dati digitali da ricomprendere nel paradigma della prova atipica. Difatti, se è vero che, a seguito della L. n. 48/2008, gran parte delle verifiche sul dato digitale sono ora ricomprese all'interno delle tradizionali attività d'indagine, è altrettanto vero che lo sviluppo della scienza informatica fornisce l'occasione agli investigatori di coniare sempre nuove modalità di ricerca delle informazioni rilevanti*».

[1110] In realtà, «*le informazioni rilevanti ai fini investigativi sono, nel caso della* computer forensics, *conservate e trasmesse in un linguaggio diverso, ovverosia quello digitale. Seppure i dati digitali, nel loro contenuto informativo, possono essere immediatamente percepiti da colui che viene in contatto con essi, ciò non significa che siano dotati di una materialità immediatamente percepibile. Essi vivono, piuttosto, quali frammenti di elettricità veicolati attraverso contenitori, dai quali il dato può essere estratto mediante complesse operazioni tecniche*» (Pittiruti, Digital evidence *e procedimento penale*, cit., 4). A tal proposito, si v, anche Tonini, *L'evoluzione delle categorie tradizionali: il documento informatico*, in *Cybercrime*, diretto da Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, cit.,1313, il quale sostiene che «*il tratto caratterizzante del documento informatico non sta nella immaterialità; non è questo il fulcro della differenza rispetto al documento tradizionale. La vera diversità è stata colta da quegli studiosi che hanno definito "dematerializzato" il documento informatico; ed in effetti l'aggettivo si adatta alla particolarità di questo tipo di documento. Infatti, l'incorporamento digitale costruisce un documento che esiste indifferentemente dal supporto fisico sul quale è incorporato, anche se per la sua esistenza richiede comunque l'incorporamento su di una qualche base materiale. La caratteristica ed anche la peculiarità del documento informatico è quella di essere veicolato su di uno strumento virtuale, il file, ed è questo ad essere incorporato su di una base materiale. Ecco perché il documento informatico deve essere definito come "dematerializzato"*».

non siano *trattate* con le competenze adeguate[1111].

Per conseguenza, è connaturato allo specifico mezzo di prova il rischio di relativa dispersione e/o di danneggiamento del contenuto rappresentativo, con evidenti riflessi negativi in punto di genuinità del relativo risultato probatorio e, quindi, della sua attendibilità ai fini decisori.

Pertanto, è incontestabile che l'informatica forense si presenti come una scienza in costante e veloce mutamento, che necessità di una regolamentazione compiuta del relativo fenomeno probatorio nella prospettiva, per l'appunto, di fronteggiare adeguatamente l'esigenza di individuare quale sia la tecnica più idonea per l'acquisizione e l'assunzione dei relativi *dati* a contenuto informativo[1112].

In proposito, va detto che gli esperti di indagini digitali ritengono che il trattamento del dato informatico – nella prospettiva di renderlo valido ed utilizzabile ai fini processuali – si componga di quattro fasi: l'individuazione, l'acquisizione, l'analisi e la valutazione del reperto informatico, che devono avvenire osservando procedure idonee a ridurre il rischio di alterazione dei dati originali e, per effetto, a garantire la conservazione del relativo elemento probatorio [1113].

In altri termini, "la modalità per preservare il dato informatico e garantirne l'autenticità è costituito dal rispetto della *chain of custody*, vale a dire il tracciare il procedimento di repertamento ed analisi mediante report, così da escludere alterazioni indebite delle tracce informatiche intervenute successivamente alla creazione, trasmissione o allocazione in altro supporto. In tal modo si consente ad accusa e difesa di esperire le relative indagini,

---

[1111] In tema, ancora, v. Pittiruti, Digital evidence *e procedimento penale*, cit., 11, il quale afferma che «*a titolo d'esempio, un file comune, quale una immagine in formato jpg, comprende circa un milione di bit; la modifica di uno solo di essi può comportare un mutamento irreversibile, tanto che il file potrà apparire illeggibile o corrotto. Perché il dato sia alterato, è sufficiente che venga aperto una sola volta: quantomeno, infatti, sarà stato modificato il metadato relativo alla data di ultimo accesso, con il rischio che ne venga annullata la rilevanza probatoria*».

[1112] «*Non esiste una metodologia condivisa per il trattamento delle prove digitali, ma vengono utilizzati un insieme di strumenti e talune procedure consolidatesi nella prassi con la sperimentazione. In un'indagine informatica, per le cognizioni tecniche implicate, è necessariamente coinvolta una molteplicità di figure professionali (ufficiali e agenti di polizia giudiziaria; ausiliari di polizia giudiziaria; consulenti tecnici, periti, esperti informatici). L'obiettivo principale di un'indagine in ambito digitale è la preservazione, l'identificazione e la documentazione delle attività che sono state compiute con un sistema informatico o telematico al fine di acquisire la prova della colpevolezza o dell'innocenza dell'indagato*» (Cuomo, *La prova digitale*, in *Prova scientifica e processo penale*, cit., 674).

[1113] Per una disamina più approfondita delle singole fasi del trattamento del reperto informatico, v. Aterno, *Acquisizione e analisi della prova informatica*, in *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di Tonini, cit., 63-64.

consulenze e valutazioni su un dato che risulta genuino e perfettamente cristallizzato"[1114]. Ed è in tale ottica che si inquadra, seppur con colpevole ritardo, l'adozione della succitata l. 18 marzo 2008, n. 48, con la quale il legislatore -ratificando la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, sottoscritta a Budapest il 23 novembre 2001- introdusse una disciplina specifica proprio in tema di acquisizione e conservazione degli elementi di prova digitali.

4. Il "ritardo" del legislatore e le spinte a matrice sovranazionale.

La l. 18 marzo 2008, n. 48 rappresenta, come già accennato in precedenza, la *risposta* che il legislatore ha fornito rispetto all'esigenza di avere regole specifiche che fossero, perlomeno in potenza, in grado di garantire la conservazione e la non alterabilità del dato informatico.

La rilevanza del testo normativo in discorso emerge anche considerando che nonostante lo sviluppo tecnologico necessitasse già da tempo di un intervento legislativo atto a disciplinare le modalità di acquisizione ed assunzione in giudizio delle prove digitali, il legislatore era rimasto sostanzialmente inerte[1115].

Infatti, l'invito a legiferare sullo specifico tema è giunto dalla comunità internazionale con la sottoscrizione della Convenzione di Budapest del 2001, che contiene disposizioni in materia tanto di diritto penale sostanziale, con riguardo all'area dei reati informatici, quanto di diritto processuale, con l'introduzione di plurime prescrizioni relative all'acquisizione, raccolta e conservazione delle prove digitali.

Non è questa la sede per un'analisi approfondita in ordine a tutte le modifiche al codice di procedura penale intervenute con l'entrata in vigore della prefata l. 18 marzo 2008, n. 48. Tuttavia, vale, in ogni caso, segnalare che la principale novità che venne introdotta con la

---

[1114] Giunchedi, *Le* malpractices *nella* digital forensics *Quali conseguenze sull'inutilizzabilità del dato informatico?*, in *Arch. pen.*, 2013, 3, 826.

[1115] «[…] *l'evoluzione legislativa non ha seguito di pari passo quella tecnologica. La prima innovazione codicistica frutto dell'incontro tra macchina giudiziale e tecnologia* informatica *e telematica risale al 1993; segnatamente, il riferimento è alla creazione dell'art. 266-bis c.p.p., relativo all'intercettazione di comunicazioni informatiche o telematiche, all'interno del Libro III sulle prove. Tale modifica, però, è rimasta a lungo isolata: si è dovuto attendere ben quindici anni, allorché la L. n. 48/2008 ha provveduto ad un più generale, sia pur lacunoso, tentativo di sistemazione della materia mediante una serie di interpolazioni ad hoc*» (Pittiruti, Digital evidence *e procedimento penale*, cit., 5).

normativa in discorso coincise con l'inserimento nel codice di rito -attraverso la modifica di alcune disposizioni in tema di ispezioni, perquisizioni e sequestri- delle cc.dd. *best practices* in materia di prove informatiche, ossia "di quel comportamento, non necessariamente codificato o contenuto in manuali, che è ritenuto dalla comunità scientifica e dagli operatori tecnici come la modalità corretta per effettuare determinate operazioni informatiche su specifici dispositivi o supporti"[1116].

Segnatamente, per quanto qui rileva, il legislatore, per un verso, ha prescritto agli *addetti ai lavori* il dovere di conservare inalterato il dato informatico originale, nonché di impedirne l'alterazione successiva: nello specifico, l'art. 244, 2° co., – così come modificato dalla l. 18 marzo 2008, n. 48- impone che i «rilievi segnaletici, descrittivi e fotografici e ogni altra operazione tecnica» possano essere disposti anche in relazione a sistemi informatici o telematici, purché vengano adottati «misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l'alterazione».

Analogamente, il *nuovo* art. 247, co. 1-*bis*, c.p.p. impone l'osservanza della medesima prescrizione in occasione dell'esecuzione di perquisizioni di sistemi informatici o telematici, che siano disposte quando vi è fondato motivo di ritenere che dati, informazioni, programmi informatici o tracce comunque pertinenti al reato si trovino al loro interno[1117].

Stando così le cose, è evidente che il *target* sotteso allo specifico intervento normativo era quella di "preservare la scena criminis informatica sia nei casi sempre più frequenti di rinvenimento di sistemi informatici/telematici o smartphone accesi e collegati alla rete internet, sia nelle diverse ipotesi di rinvenimento di un personal computer spento"[1118].

Per altro verso, la l. 18 marzo 2008, n. 48 ha imposto che in caso di sequestro disposto dall'autorità giudiziaria *ex* art. 254-*bis* c.p.p. o di accertamenti urgenti posti in essere su iniziativa della polizia giudiziaria, aventi ad oggetto ovviamente dati informatici, occorre

---

[1116] Colaiocco, *La rilevanza delle* best practices *nell'acquisizione della* digital evidence *alla luce delle novelle sulla cooperazione giudiziaria,* in *Arch. pen. web*, 2019, 1, 2.

[1117] La garanzia della conservazione e non alterazione del dato informatico originale è prescritta anche dagli artt. 352, comma 1-*bis* e 354, comma 2, c.p.p. in sede di perquisizioni ed accertamenti urgenti posti in essere su iniziativa della polizia giudiziaria.

[1118] Aterno, *La convenzione di Budapest del 2001 e la l. n. 48/2008*, in *Cybercrime*, diretto da Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, cit., 1356, il quale precisa, sul punto, che «*è di facile comprensione infatti la differenza che intercorre tra l'ipotesi in cui si rinviene un sistema informatico spento oppure che quest'ultimo si trovi acceso e funzionante o che per le sue qualità e funzioni sia impossibile da sequestrare o da spegnere. È soprattutto i questa ipotesi che può parlarsi più correttamente di perquisizione informatica o di ispezione e di applicazione dell'art. 247 o 244 c.p.p..* […] *Durante un'attività di perquisizione dmiciliare, in caso di ritrovamento di un personal computer spento, si deve procedere ad un comunissimo sequestro del sistema* […]».

procedere alla realizzazione, ove possibile, di un duplicato dell'elemento di prova digitale, «mediante una procedura che assicuri la conformità della copia all'originale e la sua immodificabilità»[1119].

Pertanto, se il tentativo di adeguamento regolamentare compiuto dal legislatore è parso

[1119] A tal proposito, in dottrina vi è chi ha precisato che le suspecificate peculiarità delle prove digitali impongano di ritenere che il vincolo di indisponibilità disposto con il sequestro, ricada sul documento informatico contenuto all'interno di un dato supporto, e non sul supporto stesso: «*ne deriva che quando l'oggetto fisico (*hardware*) è restituito, ed è conservata sotto sequestro la copia clone, è quest'ultima ad essere il vero oggetto del sequestro*». Quanto detto determina che anche in caso di restituzione del supporto in origine sequestrato -e trattenimento da parte del pubblico ministero della copia forense del sistema informatico- vi è, in ogni caso, l'interesse dell'indagato ad impugnare lo specifico provvedimento cautelare (Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2013, 392). Sennonché, sullo specifico punto non vi è concordanza di vedute in giurisprudenza. In proposito, da un lato v. Cass., Sez. un., 24 aprile 2008, Tchmil, in *Mass. Uff.*, 239397, che ha sancito che «*l'avvenuta restituzione del bene sequestrato rende inammissibili, per sopravvenuta carenza di interesse, la richiesta di riesame del sequestro probatorio e l'eventuale successivo ricorso per cassazione. Con la restituzione della documentazione sequestrata, anche se accompagnata dall'estrazione di copia della stessa, il provvedimento limitativo del diritto sulla cosa si è già esaurito e l'interessato non ha più alcuna ragione specifica per attivare o coltivare la procedura incidentale, funzionale esclusivamente a rimuovere le misure restrittive per le quali non sussistono i requisiti richiesti dalla legge*»; dall'altro lato, v., Cass., sez. un., 20 luglio 2017, Andreucci, in *Mass. Uff.*, 270497, che ha distinto tra dato informatico e supporto su cui esso era originariamente immagazzinato: infatti, «*sulla base delle disposizioni in precedenza esaminate e delle diverse esigenze investigative che rendono necessario il sequestro, la distinzione tra "copia-immagine" (o "clone") e semplice copia non sembra sufficiente per definire i termini della questione, dovendosi anche distinguere i casi in cui la apprensione riguardi, essenzialmente, il dato informatico in relazione al suo contenuto, in quanto rappresentativo di atti o fatti, dunque quale vero e proprio documento, la cui particolarità è data soltanto dalle modalità di acquisizione e conservazione. In definitiva, alla luce delle considerazioni sopra esposte, riguardo ai dati ed ai sistemi informatici possono verificarsi diverse situazioni, in precedenza individuate, rispetto alle quali il sequestro probatorio, secondo le diverse necessità, può colpire il singolo apparato, il dato informatico in sé, ovvero il medesimo dato quale mero "recipiente" di informazioni. Se, per quanto riguarda la prima ipotesi, è indubbio che l'interesse ad ottenere la restituzione va riferito all'intero apparato o sistema in quanto tale, perché specifico oggetto del sequestro, nella seconda, invece, la materiale apprensione riguarda il dato come cristallizzato nel "clone" identico all'originale e, perciò, da esso indistinguibile, perché riversato nella "copia immagine" solo per preservarne l'integrità e l'identità alle condizioni in cui si trovava al momento del prelievo e consentire successive verifiche o accertamenti tecnici. In tale caso l'interesse alla restituzione riguarda, appunto, il dato in sé e non anche il supporto che originariamente lo conteneva o quello sul quale è trasferito il "clone", sicché la mera restituzione del supporto non può considerarsi come esaustiva restituzione della cosa in sequestro; e ciò trova conferma anche nella ricordata definizione di "sequestro" offerta dalla convenzione di Budapest. Diverso è invece il caso in cui un atto o un documento si presenti sotto forma di dato informatico, non rilevando, in tali casi, il dato in sé, bensì quanto in esso rappresentato, come avviene per i documenti cartacei, ben potendosi distinguere, in tali casi, le copie dall'originale, che in questo caso sarà rappresentato dal documento elettronico originariamente formato ed univocamente identificabile. Se questa è, dunque, la distinzione che deve operarsi, è evidente che nei primi due casi ipotizzati non può trovare applicazione l'art. 258 c.p.p., che riguarda espressamente i documenti, mentre tale disposizione andrebbe considerata quando il dato informatico può essere ricondotto entro la nozione di atto o documento, nel qual caso andrebbero apprezzate le conclusioni cui è pervenuta la sentenza Tchmil.*». Ne consegue, pertanto, che negli altri casi, in cui viene in rilievo il documento informatico in sé « la restituzione non può considerarsi risolutiva, dal momento che la mera reintegrazione nella disponibilità della cosa non elimina il pregiudizio, conseguente al mantenimento del vincolo sugli specifici contenuti rispetto al contenitore, incidente su diritti certamente meritevoli di tutela, quali quello alla riservatezza o al segreto», tanto che permane comunque un interesse all'impugnazione del provvedimento ablativo per la verifica della sussistenza dei presupposti applicativi.

apprezzabile nella delineata prospettiva di individuare contromisure che fossero idonee a proteggere l'intrinseca fragilità del dato informatico, comunque la disciplina introdotta dalla l. 18 marzo 2008, n. 48 non si presenta esaustiva (anche e soprattutto) ove si consideri che si compone di plurime *leges impefectae*, prive della comminatoria di specifiche sanzioni processuali nel caso di mancato rispetto delle suspecificate procedure modali[1120], che tendono a garantire la tutela della genuinità dei *dati* digitali[1121].

5. I futuribili: l'intelligenza artificiale ed il *due process of law*.

La breve ricognizione sin qui compiuta impone perlomeno di segnalare che l'interazione fra l'innovazione tecnologica ed il sistema giustizia, in genere, e quello processuale penale[1122], in particolare, costituisce oramai un *acquis* -non solo per chi ne studi i relativi fondamenti ed implicazioni, ma anche per chiunque operi nel settore[1123].

In proposito, non è a discutersi che la *guidance* sia, al contempo, multilivello e multifattoriale, attenendo tanto ai rinnovati requisiti organizzativi dell'ordinamento e dello strumento processuale, quanto alle tendenze efficientiste da cui il sistema penale (e non solo) è permeato, quanto ancora alla metodica epistemologica propria della giurisdizione

[1120] Lupària, *la ricerca della prova digitale tra esigenze cognitive e valori costituzionali*, in *Investigazione penale e tecnologia informatica. L'accertamento del reato tra progresso scientifico e garanzie fondamentali*, cit., 158 ss.

[1121] Sul punto, tra le tante, v. Cass., sez. V, 3 marzo 2017, L.R.V.M., in *Cass. pen.*,2017, 12, 446, secondo cui «*la disciplina contenuta nell'art. 354, comma 2, c.p.p., che ha come unico ambito applicativo l'attività della polizia giudiziaria sul luogo e sulle tracce del reato, prevede l'obbligo di adottare modalità acquisitive idonee a garantire la conformità dei dati informatici acquisiti a quelli originali; ne deriva che la mancata adozione di tali modalità non comporta l'inutilizzabilità dei risultati probatori acquisiti, ma la necessità di valutare, in concreto, la sussistenza di eventuali alterazioni dei dati originali e la corrispondenza ad essi di quelli estratti*». In relazione a quanto affermato sul punto in dottrina, v. Colaiocco, *La rilevanza delle* best practices *nell'acquisizione della* digital evidence *alla luce delle novelle sulla cooperazione giudiziaria*, cit., 3 ss.; Conti, *La prova informatica e il mancato rispetto delle* best practice: *lineamenti sistematici sulle conseguenze processuali*, cit.,1329 ss.; Giunchedi, *Le* malpractices *nella* digital forensics *Quali conseguenze sull'inutilizzabilità del dato informatico?*, in *Arch. pen.*, 2013, 3, 821 ss..

[1122] Sul punto, per gli interessanti spunti anche di natura metodologica, Nieva-Fenoll, *Intelligenza artificiale e processo*, trad. Comoglio, Torino, 2019, 11 ss.; di recente, anche per gli ulteriori riferimenti dottrinali, Riccio, *Ragionando su intelligenza artificiale e giusto processo*, in *www.archiviopenale.it*.

[1123] In tema. v. Piana, *Giusto processo in trasformazione*, in *Giusto processo e intelligenza artificiale*, a cura di Castelli-Piana, Santarcangelo di Romagna, 2019, pp. 13 ss.

penale che si presenta, oramai da anni[1124], come un *cantiere mobile* in perdurante cammino. Al riguardo, seppur con autolimitazione, si impongono, a tutta prima, almeno due questioni, legate alla diffusione applicativa al fenomeno processuale penale dell'intelligenza artificiale (d'ora innanzi, IA)[1125], la cui intrinseca imperscrutabilità dà luogo a non poche fibrillazioni rispetto alla congrua protezione dei diritti giudiziari riconosciuti, in genere, alle parti del processo ed, in particolare, all'imputato[1126] dalla Costituzione e dalle Carte sovranazionali dei diritti umani[1127].

Sotto il primo aspetto, sono perlomeno due le aree in cui si sta consolidando l'uso dei *tools* di IA – il cui impiego, quale possibile ausilio giurisdizionale, rinverrebbe la propria base legale in alcune disposizioni legislative[1128] – volendosi escludere scientemente la fase relativa alla prevenzione, nella quale si sta diffondendo progressivamente, per l'appunto, l'impiego di strumenti di *predictive policing*[1129].

[1124] Lupària, *Processo penale e scienza informatica: anatomia di una trasformazione epocale*, in *Investigazione penale e tecnologia informatica. L'accertamento del reato tra progresso scientifico e garanzie fondamentali*, cit., 127 ss.;

[1125] L'intelligenza artificiale «*è alla base di tutte le ricerche su Internet e di tutte le app; è in ogni richiesta fatta al GPS, in ogni videogame o film d'animazione, in ogni banca e compagnia di assicurazione, in ogni ospedale, in ogni drone e in ogni auto a guida autonoma, e in futuro – questa la previsione di una delle massime esperte della materia – "ce la ritroveremo dappertutto": e, ovviamente, anche in ambiti che hanno immediata rilevanza per il diritto penale*» (Basile, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in *Dir. pen. e uomo*, 2019, 10, 2).

[1126] Quattrocolo, *Equità del processo penale e* automated evidence *alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Revista Italo-Española de Derecho Procesal*, 2019, 3 ss.

[1127] Non è invalsa una definizione universalmente riconosciuta di intelligenza artificiale; di contro, si rilevano alcune specificità che connotano, per l'appunto, i sistemi di IA. In proposito, l'analisi di tali elementi classificatori ha spinto la Commissione europea a tentare un inquadramento, quantomeno dal punto di vista definitorio di essa. Segnatamente, l'IA «*indica sistemi che mostrano un comportamento intelligente analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere specifici obiettivi. I sistemi basati sull'IA possono consistere solo in software che agiscono nel mondo virtuale (per esempio assistenti vocali, software per l'analisi delle immagini, motori di ricerca, sistemi di riconoscimento vocale e facciale); oppure incorporare l'IA in dispositivi hardware (per esempio in robot avanzati, auto a guida autonoma, droni o applicazioni dell'Internet delle cose)*». In tal senso, v. *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni. L'intelligenza artificiale per l'Europa*, in https://eur-lex.europa.eu, 2018, 1. Sulla relazione tra prova penale e IA, v. Lupària,, *Prova giudiziaria e ragionamento artificiale: alcune possibili chiavi di lettura*, in *Il concetto di prova alla luce dell'intelligenza artificiale*, a cura di J. Sallantin e J.-J. Szczeciniarz, Milano, 2005, XIV ss.; Parodi, Sellaroli, *Sistema penale e intelligenza artificiale: molte esperienze e qualche equivoco*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*

[1128] Al riguardo, tra gli altri, Riccio, *Ragionando su intelligenza artificiale e giusto processo*, cit., 1, secondo il quale, «*vuoi sul terreno del procedimento probatorio, vuoi nel campo della discrezionalità decisoria*», l'uso dell'IA e, quindi, il sistema "predittivo" «*troverebbe conferma*, in primis*, nell'art. 65 dell'Ordinamento giudiziario, che, nell'indicare le attribuzioni della Corte di cassazione afferma che questa "assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni"*».

[1129] In tal senso, v. Gialuz, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre del risk assestment tool tra Stati Uniti ed Europa*, in www.penalecontemporaneo.it. A tale specifico riguardo, Galgani, *Considerazioni sui "precedenti" dell'imputato e del giudice al cospetto dell'IA nel processo penale*,

In proposito, si ha riguardo sia all'ambito investigativo e probatorio, delle *automated o digital evidence* che – per lo più in chiave prospettica- agli strumenti basati sull'IA, di cui si fa uso nella cosiddetta giustizia latamente "predittiva"[1130]: il riferimento, in prospettiva esemplificativa, è all'analisi di un numero rilevante di pronunce giudiziali effettuato tramite tecnologie di IA – che consentirebbe di formulare previsioni potenzialmente affidabili circa l'esito di alcune specifiche tipologie di controversie- così come alla diffusione dei c.d. *risk assessments tools* (*id est*, gli strumenti computazionali, fondati sull'IA, che calcolano il rischio che il prevenuto si sottragga al processo o commetta dei reati)[1131].

Sennonché, a fronte della diffusione di strumenti di giustizia digitale e predittiva, la questione che si impone consiste nel chiedersi se le garanzie del giusto processo possano essere, oltre che salvaguardate, addirittura rafforzate a fronte di una *governance* della giustizia digitale che sottoponga i nuovi strumenti a controlli, meccanismi di *check and balance* e di *accountability* ovvero se, di contro, l'applicazione di tali dispositivi collida irrimediabilmente con il diritto all'accesso alle razionalità *decidendi* di cui ognuno è titolare, così come con l'effettività delle guarentigie difensive latamente intese[1132].

In proposito, va sottolineato, in via ricognitiva, che, nell'ambito del Consiglio di Europa, la Commissione europea per l'efficienza della giustizia (CEPEJ) -nel dicembre del 2018- ha adottato la Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi

---

in *Sist. Pen.*, 2020, 4, 81 ss.; Riccio, *Ragionando su intelligenza artificiale e giusto processo*, cit., 7, fa rilevare che «*non tutti i* tools di predective policing *risultano indifferenti al processo penale*» ove si considerino i «*software di riconoscimento facciale, oramai ad un passo dal nuovo (qui nel senso di attuale, contemporaneo) processo penale*», avendo specifico riguardo a *Sicurezza4P*, primo sperimento algoritmico creato dalla Questura di Napoli. A tale ultimo riguardo, v. Lombardo, *Sicurezza 4P*, Napoli, 2010.

[1130] Viola, voce *Giustizia predittiva, in Enc, giur.*, www.treccani.it, *Diritto on line*, 2018.

[1131] In proposito, v. Gialuz, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre del risk assestment tool tra Stati Uniti ed Europa*, in www.penalecontemporaneo.it, il quale, inoltre, specifica che «*Si tratta di veri e propri algoritmi* "that use socioeconomic status, family background, neighborhood crime, employment status, and other factors to reach a supposed prediction of an individual's criminal risk, either on a scale from "low" to "high" or with specific percentages". *Questi strumenti analizzano un numero molto elevato di dati relativi al passato e individuano delle ricorrenze (ossia dei pattern), caratterizzate da una base statistica molto più solida di quelle che stanno al fondo dei giudizi umani*». In tema, tra gli altri, v. Basile, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, cit., 4 ss., secondo il quale l'IA potrebbe essere impiegata nelle seguenti attività: «*1. le attività di* law enforcement, *in particolare le attività di c.d. polizia predittiva; 2. i c.d.* automated decision systems, *che potrebbero in futuro conoscere un impiego anche all'interno dei procedimenti penali, sostituendo, in tutto o in parte, la decisione del giudice-uomo; 3. i c.d. algoritmi predittivi, impiegati per valutare la pericolosità criminale di un soggetto, vale a dire la probabilità che costui commetta in futuro un (nuovo) reato; 4. infine, le possibili ipotesi di coinvolgimento - come strumento, come autore, o come vittima - di un sistema di IA nella commissione di un reato*»

[1132] Nieva-Fenoll, *Intelligenza artificiale e processo*, cit., 118 ss.

giudiziari e negli ambiti connessi[1133].

Nello specifico, la Carta contiene "disposizioni senza dubbio eterogenee, nelle quali si rinvengono norme di diritto positivo, forme di *soft law* e mere raccomandazioni di esperti, ma che tuttavia costituiscono un primo corpus con funzioni di orientamento e regolazione sia delle policIies pubbliche che dell'attività degli stakehoIlders coinvolti e si agglutinano attorno ad un nucleo di principi già sufficientemente delineati nella prospettiva di tutela dei diritti fondamentali, per quanto le soluzioni proposte non sempre siano in grado di sciogliere tutti i nodi complessi di una realtà dall'impatto oggettivamente non ancora del tutto prevedibile"[1134].

Segnatamente, si ha riguardo a cinque principi generali, di natura, al contempo, sostanziale e metodologica, da applicarsi al trattamento automatizzato delle decisioni e dei dati giudiziari: *1)*-l'uso degli strumenti di IA in ambito processuale deve avvenire garantendo il diritto di accesso al giudice ed a un processo equo e, quindi, assicurando la parità di armi ed il rispetto del contraddittorio (*principle of respect for fundamental rights*); *2)*-è sancito il canone di non discriminazione: infatti, i soggetti pubblici e privati, stante la capacità dei metodi di elaborazione di rivelare le discriminazioni esistenti, devono garantire che i *tools* di IA non riproducano o aggravino tali discriminazioni, conducendo ad analisi deterministiche (*principle of non-discrimination*); *3)*-è raccomandato l'uso esclusivo, per assicurare la qualità e la sicurezza, di dati -in particolare, decisioni giudiziarie- acquisiti da fonti certificate attraverso un processo tracciabile; inoltre, è doveroso che i modelli e gli algoritmi realizzati siamo eseguiti e memorizzati in ambienti sicuri, a garantire dell'integrità del sistema (*principle of quality and security*); *4)*-è imposta la trasparenza, l'imparzialità e la correttezza dei modelli e degli algoritmi; in proposito, l'accessibilità al processo algoritmico deve prevalere sui diritti di privativa connessi alla tutela della proprietà intellettuale; inoltre, va assicurata l'assenza di pregiudizi e l'integrità intellettuale (*principle of transparency, impartiality and fairness*).; *5)*-è sottolineata la centralità dell'utente, la cui libertà di scelta deve essere preservata, tanto da essere escluso un approccio prescrittivo dell'impiego dell'IA ed assicurato agli utilizzatori di agire come

[1133] European Commission for the efficiency of Justice, *European ethical charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*, 3-4 dicembre 2018, 4-5. In tema, v. Quattrocolo, *Intelligenza artificiale e giustizia: nella cornice della Carte etica europea gli spunti per un urgente discussione tra scienze penali e informatiche*, in www.legislazionepenale.it

[1134] Ziroldi, *Intelligenza artificiale e processo penale tra norme, prassi e prospettive*, in *www.questionegiustizia.it*.

soggetti informati, avendo inoltre il pieno controllo delle loro scelte (*principle under user control*). In particolare, il giudice deve poter controllare in qualsiasi momento le decisioni giudiziarie e i dati che sono stati utilizzati per produrre un risultato e continuare ad avere la possibilità di discostarsi dalle soluzioni proposte dall'IA, tenendo conto delle specificità del caso in questione; del pari, ogni utente deve essere informato, in un linguaggio chiaro e comprensibile, della natura vincolante o non vincolante delle soluzioni proposte dagli strumenti di IA, delle diverse opzioni disponibili e del loro diritto all'assistenza di un avvocato ed al ricorso a un tribunale[1135].

Quanto sin qui detto fa da *pendant* con la constatazione che in ambito U.E., la Commissione -per assicurare lo sviluppo di un'intelligenza artificiale affidabile- nel dicembre 2018 ha pubblicato le *Draft Ethics Guidelines for Trustworthy AI*,[1136] che sono state elaborate da un gruppo di esperti ad alto livello sull'IA (*AI HLEG*) e aperte alla consultazione pubblica e che, tra l'altro, hanno dichiaro imprescindibile un approccio antropocentrico all'IA, garantendo alle persone sempre il potere di supervisione sulle macchine[1137].

[1135] Va detto che nella Prima appendice alla succitata Carta etica si leggono, tra le altre, condivisibili riflessioni ragionate in ordine alla criticità coeve al ricorso alle statistiche ed all'intelligenza artificiale nei procedimenti penali. Segnatamente: «*sebbene non sia appositamente progettato per essere discriminatorio, il ricorso alle statistiche e all'intelligenza artificiale nei procedimenti penali ha dimostrato che sussiste il rischio di incoraggiare la recrudescenza di dottrine deterministiche a scapito delle dottrine di individualizzazione della pena che sono state ampiamente acquisite a partire dal 1945 nella maggior parte dei sistemi giudiziari europei*» e che «*alla luce di quanto esposto precedentemente, appare essenziale, quando gli algoritmi sono utilizzati nel contesto di un processo penale, garantire il pieno rispetto del principio della parità delle armi e della presunzione di innocenza di cui all'articolo 6 della CEDU. La parte interessata dovrebbe avere accesso all'algoritmo ed essere in grado di contestarne la validità scientifica, il peso attribuito ai vari elementi e le eventuali conclusioni erronee cui è pervenuto ogniqualvolta un giudice suggerisce che potrebbe utilizzarlo prima di adottare la sua decisione. Tutte le persone hanno diritto a non essere sottoposte a una decisione che incide significativamente sulla loro persona, adottata unicamente sulla base di un trattamento automatico di dati, senza che si tenga preliminarmente conto del loro punto di vista*» (Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi, in *https://rm.coe.int*, 37-38). Invece, nella Seconda appendice, si auspica che l'impiego dei *risk assestment tools* -considerati i deprecabili effetti discriminatori e deterministici che essi hanno avuto negli Stati Uniti e nel Regno Unito (in particolare, si compie un riferimento testuale agli «*esperimenti…(COMPAS negli Stati Uniti e HART nel Regno Unito)*» che «*sono stati criticati da alcune ONG (si vedano i lavori di ProPublica negli Stati Uniti e di Big Brother Watch nel Regno Unito)*»- avvenga «*con le più estreme riserve*» Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi, in *https://rm.coe.int*, 44).

[1136] Sul tema "*Intelligenza artificiale, ecco le nuove linee guida dell'Europa*", in *www.nova.ilsole24ore.it*, 8 aprile 2019. Sul punto, Bolognini, "*Codice etico UE sull'intelligenza artificiale: forte la tecnica, debole la politica",* in *www.focus.it*, il quale sottolinea che il codice non contiene norme cogenti, ma risulta aperto all'adesione volontaria da parte di governi, ricercatori e imprese. Pertanto, linee guida condivisibili sul piano tecnico, ma dotate di scarsa valenza su quello economico-politico.

[1137] Le specifiche Linee Guida possono leggersi in *https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/draft-ethics-guidelines-trustworthy-ai*. Esse muovono dalla consapevolezza che l'IA può generare rilevanti vantaggi per gli individui e per la società, ma dà luogo anche a determinati rischi che vanno gestiti in maniera adeguata, assecondando un'ottica di massima riduzione di essi. In tale contesto, come accennato, è stata

Inoltre, a livello di diritto derivato, alcune garanzie fondamentali riguardo all'uso di *tools* di *risk assessment* si rinvengono nel *data protection reform package*, che si compone del regolamento 2016/679/UE (GDPR) e della direttiva 2016/680/UE[1138].

Segnatamente, la direttiva 2016/680/UE è la fonte di riferimento per scrutinare quali potrebbero essere gli ambiti applicativi dei *risk assessment tools* nel procedimento penale: infatti, essa si atteggia a *lex specialis* rispetto al regolamento, ponendo norme minime relative alla "protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti ai fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia e la prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica"[1139].

Pertanto, la norma fondamentale è l'art. 11 della medesima direttiva -rubricato «Processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche» – che pone il divieto di decisioni che siano basate unicamente su trattamenti automatizzati, sancendo che «gli Stati membri dispongono che una decisione basata unicamente su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici negativi o incida significativamente sull'interessato sia vietata salvo che sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento e che preveda garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell'interessato, almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento».

Sennonché, la disposizione *de qua* -il cui contenuto è analogo a quello dell'art. 22 del regolamento 2016/679/UE (GDPR) – ha una *formulazione ambigua* che ruota intorno all'interpretazione dell'espressione «decisione basata unicamente su un trattamento automatizzato».

In proposito, la direttiva vieta le decisioni nelle quali non vi sia alcun coinvolgimento umano nel processo decisionale, qualora producano effetti giuridici che riguardano l'interessato o che incidano in modo analogo significativamente sulla sua persona; pertanto,

---

affermata la necessità di un approccio antropocentrico all'IA, assicurando alle persone sempre il potere di supervisione sulle macchine. Infatti, si legge che: «*AI is human-centric: AI should be developed, deployed and used with an "ethical purpose" (...), grounded in and reflective of fundamental rights, societal values and the ethical principles of Beneficence (do good), Non-Maleficence (do no harm), Autonomy of humans, Justice, and Explicability*».

[1138] Il regolamento 2016/679/UE (GDPR) e la direttiva 2016/680/UE hanno sostituito, rispettivamente, la direttiva 95/46/CE, ritenuta il pilastro in materia di protezione dei dati personali, e la decisione quadro 2008/977/GAI.

[1139] Gialuz, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre del risk assestment tool tra Stati Uniti ed Europa*, cit., 16.

essa richiede di regola un intervento dell'uomo, con la specificazione che, "per aversi un coinvolgimento umano, il titolare del trattamento deve garantire che qualsiasi controllo alla decisione sia significativo e non costituisca un semplice gesto simbolico"[1140].

Breve. Al fine di scongiurare la violazione delle disposizioni sopraindicate (artt. 11 direttiva 2016/680/UE ed art. 22 regolamento 2016/679/UE) il trattamento automatizzato può assolvere, in esclusiva, ad una funzione ausiliatrice dell'uomo, a cui spetta, invece, la decisione[1141].

Ad ogni modo, se, di regola, non ci si deve accontentare della riconosciuta centralità dell'intervento umano ma occorre anche che l'elemento cognitivo generato dall'intelligenza artificiale sia confermato da altre fonti e se, come segnalato in precedenza, sia in sede Consiglio d'Europa, che a livello di U.E., sono state poste una serie di regole che salvaguardano il ruolo dell'intelligenza umana nei processi decisionali, tra l'altro, vietando l'uso di *tools* che facciano uso di dati sensibili e siano suscettibili di condurre a discriminazioni, allora è chiaro che la garanzia fondamentale sta nella riconosciuta centralità del giudice a mente dell' 11 della direttiva 2016/680/UE e dell'art. 8, d.lgs. 18 maggio 2018, n. 51, che ha dato attuazione in Italia alla specifica direttiva, ribadendo, per ciò che nello specifico interessa, il divieto di decisioni basate unicamente su un trattamento automatizzato, «compresa la profilazione», qualora producano effetti negativi nei confronti

[1140] Gialuz, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre del risk assestment tool tra Stati Uniti ed Europa*, cit., 17, il quale rileva che «*Questo è il contenuto, per così dire, minimo della disposizione. Per la verità, sembra preferibile una lettura un po' più esigente, secondo la quale, al fine di garantire un intervento effettivo dell'uomo, la stessa decisione non potrebbe basarsi esclusivamente sull'*output *di un meccanismo automatizzato. Insomma, accanto all'obbligo di un intervento umano andrebbe ritenuta sussistente quella che, nel lessico processualpenalistico, chiameremmo regola di valutazione, in forza della quale l'*output *prodotto dall'IA va considerato come un mero indizio, che va sempre corroborato con altri elementi di prova. Questa lettura sembra peraltro confermata dall'eccezione alla regola, contemplata dalla stessa disposizione: si ammette, infatti, che la regola possa essere derogata, a condizione che vi sia una previsione di tutele sufficienti per i diritti personali e che vi sia, quanto meno, un intervento umano*».

[1141] Gialuz, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre del risk assestment tool tra Stati Uniti ed Europa*, cit., 17, il quale sottolinea che «*la stessa interpretazione pare essere alla base del documento della House of Commons proprio sul tema "*Algorithms in decision-making*", con particolare riferimento alla portata della norma analoga dell'art. 22 GDPR: proprio facendo leva su tale interpretazione è stato ritenuto legittimo l'utilizzo del software HART in Inghilterra*». Sul punto, va segnalato che il sistema denominato *Harm Assessment Risk Tool* (HART), è stato utilizzato dal corpo di polizia di Durham a partire dal 2017 in chiave di *diversion* e, quindi, al fine di valutare quando una persona possa essere sottoposta a un *rehabilitation programme*, chiamato *Checkpoint*, il quale costituisce un'alternativa all'esercizio dell'azione penale. In proposito, Oswald-Grace-Urwin-Barnes, *Algorithmic risk assessment policing models: lessons from the Durham HART model and "Experimental" proportionality*, in *Information and Communications Technology Law*, 2018, 227. Ad ogni modo, sul rilievo del controllo umano rispetto alla "macchina" ed al procedimento di calcolo algoritmico, v. anche Parodi, Sellaroli, *Sistema penale e intelligenza artificiale: molte esperienze e qualche equivoco*, cit., 11.

dell'interessato» e che le «disposizioni di legge devono prevedere garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell'interessato»[1142].

Per tirare le fila del discorso: diritto e giustizia vivono una fase di radicale trasformazione con ineludibili implicazioni a più livelli; la relativa narrazione è in via di graduale consolidamento; il più è ancora da scrivere anche se già si colgono i prodromi di un cambiamento che si *scorge* radicale; in tale contesto, la strada da percorrere non deve essere minata da resistenze preconcette o da aperture acritiche; essa deve essere attraversata da una visione interdisciplinare, che si dimostrerà affidabile solo se garantirà adeguatamente il percorso segnato dalle garanzie definite a livello costituzionale ed europeo. Bisognerà, quindi, pensare estremo, ma agire accorto.

Abstract: Il progresso tecnologico ha *implementato* l'insieme degli strumenti conoscitivi utilizzabili nel procedimento penale, sia nel corso delle indagini preliminari, che nella fase dibattimentale. Tuttavia, la vischiosità della relazione corrente -tra il sapere scientifico ed il tradizionale metodo epistemologico invalso nel processo penale- impone di esaminare alcune questioni problematiche che derivano, anzitutto, dall'imprescindibile verifica di c.d. affidabilità ricostruttiva delle nuove tecnologie. In tale contesto, non può prescindersi da uno sguardo sui c.d. futuribili tenendo conto delle potenzialità connesse con l'uso dell'intelligenza artificiale all'interno del sistema processuale penale.

Abstract: Technological progress has increased the cognitive tools that can be used in criminal proceedings, both during preliminary investigations and in the trial phase. However, the sticky nature of the current relationship -between scientific knowledge and the traditional epistemological method used in criminal proceedings- requires us to examine some of the problematic issues that arise from the essential verification of c.d. reconstructive reliability of new technologies. In this context, it cannot disregard a look at the future c.d. taking into account the potential associated with the use of artificial intelligence within the criminal trial system..

[1142] Anche la specifica disposizione è rubricata, per l'appunto, «*Processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche*»

Parole chiave: Processo penale – giusto processo – prova – prova informatica – intelligenza artificiale – investigazioni digitali.

Key words: Criminal trial – due process – evidence – computer forensics – artificial intelligence – digital investigation.

VERITÀ E COGNIZIONE GIURISDIZIONALE*.

di Luigi Di Santo**

Sommario. 1. Certezza e Verità del Giudicato. – 2. Le vie contorte alla Verità. L'attività creativa del giudice. – 3. Le vie contorte alla Verità. La costituzionalizzazione dei diritti. – 4. Altre vie….. – 5. Verità del diritto e Nuove tecnologie. – 6. *Judge in the machine* o *Ghost in the machine*?

1. Certezza e Verità del Giudicato.

In queste pagine si vuole declinare innanzitutto il tema della verità, nella dimensione del giudizio, inteso particolarmente sul piano logico-giuridico e ricostruire in sintesi i passaggi più significativi nel più ampio e articolato dibattito, relativo all'accertamento della veridicità dei fatti che nascono dalla controversia. L'attenzione dunque, verte sul giudizio in senso logico-giuridico sul piano veritativo e dunque creativo ma anche intorno ai processi tecnologici. E, in particolar modo, questa intenzione nasce anche da una condizione di una analisi della relazione del rapporto tra certezza e verità. Anzi, della certezza come verità del giudicato. E per questa possibilità di ricerca, chiediamo aiuto a maestri del diritto come Guido Calogero e Piero Calamandrei che in due scritti, soprattutto per quanto riguarda Calamandrei, de' *Il giudice e lo storico,* si soffermano in particolar modo, sempre in relazione alla "res iudicata", sulla differenza tra l'approccio del giudice e l'approccio dello storico[1143]. Sembra utile questa condizione di partenza per discutere della certezza del giudicato nella pretesa del carattere creativo dell'attività del giudice, al fine anche di capire se effettivamente la giurisprudenza possa essere annoverata tra le fonti del diritto come ritiene oggi la dottrina prevalente. Partiamo da una considerazione, che è nelle corde di Calogero, ossia che il giudizio è generalmente volto alla dimensione del passato e questa condizione converge con quella dello storico[1144]. Sono due verità che si

* *Sottoposto a referaggio*.
** Professore associato di Filosofia del diritto – Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale.
1143 P. Calamandrei, *Opere giuridiche*, (a cura di M. Cappelletti), voll. I, Napoli, Morano, 1965, pp. 393-414.
1144 G. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, CEDAM, 1937, pp. 111-149.

confrontano, che fondamentalmente hanno una cosa in comune riscontrabile nel pericolo dell'errore. È quella sostanziale riconciliazione tra questi due aspetti che troviamo anche in Capograssi, che parlava di *doppia magia* per quanto riguarda il giudizio, magia che consiste nel far rivivere quello che non vive più, che ormai è spento, e far riattivare tutto ciò nella coscienza del giudizio di qualcuno che è assente, ossia il giudice, ma che ha però, l'esperienza per far risorgere il passato[1145]. Questa realtà concilia entrambi gli aspetti ma si differenzia sostanzialmente sul dato logico, sul processo logico, e, nella distinzione tra *quaestio facti* e *quaestio juris*, la differenza è ancora più evidente. Il giudice, nella sua ricerca del vero, ma non della verità, si pone nell'ottica di proporre una visualizzazione della fattualità, ma indubbiamente tale fattualità è dentro un mondo ben preciso, in quanto che *quod non est in actis non est in mundo*. È una *fictio iuris* che giunge ad una verità attraverso dei procedimenti logici affinché sostanzialmente si configuri la possibilità di provare ciò che viene esposto nella procedura. Una *verità velata* affinché non vi sia *una verità violata*. Siamo nell'ambito della risoluzione del dubbio, nella variante di una posizione che è quella di una logica artificiale che serve a risolvere tutte le questioni del giudicato, al di là di ogni ragionevole dubbio. Verità che hanno dei punti di confine, di contatto, ma potremmo dire, in tal senso, vero, verità, verosimiglianza, che tendono disperatamente a incontrarsi attraverso *altro*. Questo altro è la saggezza del giudice, nella possibilità di far confluire la saggezza del legislatore nella saggezza del giudice. È chiaro che siamo dentro delle condizioni attraverso le quali il giudizio è sicuramente giudizio di probabilità e verosimiglianza e non di verità assoluta, che è altra cosa, ed è conseguente compiere l'ulteriore passaggio per il quale, i confini riescano a essere scorti, in direzione dell'attività creativa che diventa centrale nel nostro discorso. E, da un lato, siamo convinti, così come è convinto Calamandrei, che l'unica verità sia la certezza del giudicato, d'altro canto però è ineludibile la consistente forza del richiamo del giudizio di verità che deve fuoriuscire dalla regione del vero[1146]. Non può essere tutto scritto all'interno della sentenza. Paolo Grossi parla della "carnalità dell' esperienza" e tale bellissima definizione dice bene quanto sia decisivo ricorrere all'atto creativo[1147]. Allora, bisogna però confrontarsi con

[1145] G. Capograssi, *Giudizio, processo, scienza, verità*, in *Opere*, vol. V, Milano, Giuffrè, 1959, p. 57.
[1146] P. Calamandrei, *Processo e democrazia. Lezioni tenute alla Facoltà di diritto dell'Università del Messico*, Padova, CEDAM, 1954, p.25.
[1147] P. Grossi, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, *Annali 2009*, Università degli studi Suor Orsola Benincasa, Napoli, 2009, p. 36.

delle questioni complesse. I giudici sono soggetti soltanto alla legge, come leggiamo nella nostra Costituzione e ciò vale per preservare tutto quanto è dentro il discorso della volontà sovranità popolare; d'altro canto, è necessario che vi sia un carattere creativo nell'attività del giudice in quanto la creazione del diritto va posta nell'ambito problematico della democrazia rappresentativa[1148].

2. Le vie contorte alla Verità. L'attività creativa del giudice.

Questo discorso più volte è stato affrontato da diverse angolazioni. Si pensi ad esempio, al libro del 2015, di Giuseppe Valditara, *Giudici e legge*, in cui si richiama fortemente il senso eversivo della creatività del diritto rispetto al problema della legge intesa come sostanziale espressione della capacità legislativa[1149]. Negli ultimi anni, i poteri del giudice hanno preso sempre più campo attraverso la presenza più ampia di una interpretazione creativa oramai nucleo essenziale della discrezionalità giudiziale. La dilatazione di spazi di discrezionalità giudiziale apre una riflessione circa la dimensione politica e ideologica della posizione assunta dai giudici e quale sia effettivamente il reale pericolo per le garanzie democratiche. Lo studio richiamato di Valditara si interroga sulla questione mai risolta e sempre dibattuta della relazione tra giudici e legge, laddove si presume coincidente il ritenere che siano da considerare le crescenti criticità di un rapporto che sembra stravolgere il dettato costituzionale, per il quale il giudice dovrebbe essere sottomesso alla legge ma che in realtà, essa non appare altro che sia una delle varie fonti, neppure sovraordinata a quella giurisprudenziale. Perché tutto questo? Verde, richiamato dal Valditara nel suo lavoro, sostiene che i giudici sempre più spesso ritengono di essere arbitri della giustizia. In particolar modo nella esperienza quotidiana dove sono protagonisti di interpretazioni talora evidentemente creative al fine di adeguare il testo della legge, ritenuta ingiusta, ai valori costituzionali, in nome del principio di eguaglianza sostanziale. Ciò comporterebbe il rischio di "una magistratura che non tratti tutti allo stesso modo"[1150]. Non basta per giustificare questa prospettiva il richiamo al modello di *Common law* in quanto fondato sul

[1148] G. Donzelli, *Annotazioni sulla certezza come verità del giudicato a partire dalle tesi di Calogero e Calamandrei*, in *Democrazia e Diritti sociali. Rivista telematica di filosofia del diritto*, I, 2018, p.19.
[1149] Cfr. G. Valditara, *Giudici e legge*, Roma, Biblioteca di Storiae Politica, Pagine, 2015, pp. 15-67.
[1150] G. Verde, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p.181.

ruolo creativo della giurisprudenza[1151]. Né il modello americano può essere inteso diversamente dalla quella tradizione che realizza pienamente il principio della giustizia amministrata in nome del popolo, su base squisitamente elettiva. Semmai l'incontro tra *Common Law* e *Civil Law* può condizionare il sistema di *giurisdizione mista* che caratterizza l'esperienza del diritto comunitario. E anche in quel caso è visibile una accentuata creatività della giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, accompagnata da una progressiva sottrazione alle corti supreme nazionali delle singole competenze, mettendo in pericolo il principio della sovranità nazionale. Non bisogna mai dimenticare che nel nostro Paese, è esistita ed esiste una tradizione che risponde a precisi ambiti culturali che richiama all'uso alternativo del diritto, a partire dagli anni sessanta del secolo scorso, con la pretesa di essere l'unica depositaria dei valori costituzionali e con l'intento di sostituirsi al legislatore, dove emerge un atteggiamento *politico* che tende a giudicare con maggiore severità l'appartenente a certe classi sociali piuttosto che ad altre. Un giudizio etico piuttosto che rigorosamente giuridico o anche il predominio dei valori sulle regole. Il diritto vivente finisce dunque per sostituire il diritto legislativo e in tal modo si creano le premesse per riconoscere la giurisprudenza dei giudici ordinari come fonte del diritto, producendo la sconfessione del modello positivistico, accolto in Costituzione, che vede nella legge l'unica fonte del diritto. Come definire dunque il concetto di *interpretazione creativa*? Attraverso le parole di Tarello, essa va intesa come "l'esito della attività dell'interprete che consiste nella individuazione di una norma, la quale non può essere considerata uno dei significati attribuibili a un enunciato del discorso legislativo"[1152]. In tal senso interpretazione vuol significare integrazione o ricerca del diritto. Dunque la giurisprudenza italiana sovente va alla ricerca di un diritto nuovo, diverso da quello voluto dal legislativo. Una sorta di interpretazione evolutiva per la quale si potrebbe chiamare in causa Alf Ross, per affermare che la validità di una norma si fonda dunque sulla sua efficacia[1153]. Ancor più i realisti americani che affermano che il diritto è ridotto alla decisione del giudice, nel senso che la decisione giudiziale viene considerata fonte di produzione del diritto togliendo pertanto centralità alla legge. O ancora va ricordata la corrente del 'diritto libero', tra ottocento e novecento, che prevedeva norme extralegali

[1151] U. Mattei, *Il modello di common Law*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2014, p. 55.
[1152] G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 36 ss.
[1153] A. Ross, *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi, 1965.

per cui il giurista aveva il dovere di ricercare liberamente il diritto. D'altro canto, il Nichilismo giuridico di Irti ci dice che nessuna norma appare necessaria e incondizionata aprendo la via alla parzialità della politica[1154]. Posizioni che nella transitorietà trovano espressione in quell'ampio fenomeno definito *judicialization of politics* legato alla espansione dell'area dei diritti. Tendenze lontane dalla cultura dei nostri Costituenti che vedevano nel primato della legge e nell'unicità delle fonti, principi insormontabili. Ma, come si diceva poco prima, un ruolo fondamentale nella evoluzione del rapporto tra giudice e legge lo hanno avuto indirizzi culturali dove il valore sostanziale della Costituzione avrebbe dovuto essere espresso in una esplicita scelta a favore delle classi subalterne. Gli articoli 2 e 3 della Costituzione come chiave di apertura alla sostanziale uguaglianza dei cittadini nell'ottica di Luigi Ferrajoli nella realizzazione di un uso creativo del diritto[1155]. In tal senso, è al giudice che spetta il compito di rendere giustizia e verità in nome della comunità tutta nell'ottica di una applicazione diretta delle norme costituzionali con la possibilità di disapplicare le norme primarie che ne siano in contrasto. La magistratura come luogo di *pluralismo ideale e politico* per il quale la legittimazione democratica del potere giudiziario non si ravvisa dunque più nella sua subordinazione alla legge, bensì nella tipologia della sua azione concreta. Anche tra i giuristi di area cattolica, come Cotta, sono state prese posizioni favorevoli per l'adozione dell'uso alternativo del diritto nel segno di un diritto naturale vigente[1156].

3. Le vie contorte alla Verità. La costituzionalizzazione dei diritti.

Altri due Maestri contemporanei possono indicarci la strada sul tema della creatività del diritto in direzione del giudizio sul profilo veritativo. Gustavo Zagrebelsky parte dalla constatazione della crisi della sovranità dello Stato che nasce dalla complessità sociale al punto tale da scrivere di *sovranità della costituzione* come centro verso cui tutto deve convergere. Mitezza, coesistenza, compromesso, inclusione, integrazione sono gli elementi

[1154] Cfr. N. Irti, *Il Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2004
[1155] Cfr. L. Ferrajoli, *La democrazia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2016; in *Id.*, *Manifesto per l'uguaglianza*, Roma-Bari, Laterza, 2019.
[1156] Cfr. S. Cotta, *Diritto naturale: ideale o vigente?*,in *Iustitiae*, n. 42/1989, p.111.

dello Stato costituzionale in risposta alla crisi patente del diritto legislativo[1157]. La legge è manifestazione e strumento di competizione e confronto sociale e si distingue dai diritti ai quali, in caso di conflitto, si sottomette. Per l'eminente costituzionalista torinese siamo nell'era della costituzionalizzazione dei diritti e lo Stato legislatore ha visto ridimensionare il suo ruolo di *padrone del diritto*. L'interpretazione della Costituzione prende sempre più l'aspetto di una filosofia del diritto e l'appello alla giustizia veritativa accanto o contro le regole della legge non può essere visto come un gesto eversivo e distruttivo del diritto. La posizione della Magistratura nello Stato costituzionale dunque sarebbe quella di intermediarità tra lo Stato e la società. I giudici potrebbero essere riconosciuti o come gli *attuali padroni del diritto* o "più propriamente come i garanti della complessità strutturale del diritto nello Stato costituzionale, cioè della necessaria, mite coesistenza di legge, diritti e giustizia"[1158]. Per Paolo Grossi, il referente necessario del diritto è soltanto la società in quanto la dimensione ordinativa insita in esso, presuppone "una pretesa che viene dal basso". Nella *Prima lezione di diritto*, Grossi scrive che "l'ordine giuridico autentico attinge allo strato dei valori di una comunità per trarne quella forza vitale che nasce unicamente da una convenzione sentita"[1159]. Il diritto è già nella società auto-ordinantesi per cui la Costituzione realizza in altre parole, il primato della società sullo Stato. Per il Maestro fiorentino dunque, l'ordine giuridico superiore alla legge ordinaria diventa identità giuridica del popolo italiano, che ha in essa un ordinamento fondamentale fatto di regole e principi che ne costituiscono le radici identificatrici. Ruolo determinate è riscontrabile nella prospettiva ermeneutica che *scandaglia* il testo attraverso l'interprete che applica il caso concreto alla ricerca della verità generato dalle istanze provenienti dalla società. Il ceto giudiziario deve consapevolmente dare vita ad un diritto vivente che si affianca, nel migliore dei casi, *ad uno sclerotico diritto ufficiale*. Indubbiamente la società tecnologica richiede duttilità delle regole per via della crescente diseguaglianza economica senza attribuire ovviamente al giudice il compito di interpretare anche *contra legem* la voce della società o *la coscienza del popolo*. Le inadeguatezze funzionali sarebbero superabili in sede interpretativa. In sintesi i giudici ordinari nel risolvere le controversie dovrebbero essere vincolati dalla precettività delle norme costituzionali, il che legittimerebbe una

[1157] G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, p. 9 ss.
[1158] *Ivi*, p.208.
[1159] P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p.7 ss.

interpretazione della legge ordinaria coerente con la norma costituzionale, tenendo conto del fatto che in ogni caso, "l'orizzonte generale dei valori espressi nella Costituzione non può che essere la precomprensione dell'interprete del diritto positivo"[1160]. La Costituzione con il suo quadro programmatico si porrebbe come un traguardo da raggiungere per cui l'iniziativa dei giudici sarebbe legittimata laddove si manifesti una incapacità di intervento organico del legislatore. Come scriveva Lombardi Vallauri, non è possibile pensare che "il diritto è sempre quale interpretato[1161]" o come insegnava Satta che la norma si rifà al concreto e nel concreto si fa quello che con termine antico ed eterno chiamiamo giustizia[1162]. Ma i problemi che si pongono, secondo Valditara, sono altri, ossia quale deve essere la relazione tra legge, giudice e democrazia? In un ordinamento di *Civil Law*, può il giudice modificare la portata o ignorare il significato di una legge senza intaccare la democrazia? Sono rispettati i fondamentali principi democratici della sovranità popolare, della certezza del diritto, della uguaglianza dinanzi alla legge insomma dello Stato di diritto? Sul significato delle norme costituzionali ci si dovrebbe intendere sul senso della continua trasformazione del testo autorizzata dalla struttura aperta della carta costituzionale. La teoria dei valori dunque secondo Baldassarre diventa "la tecnica e ricostruttiva e interpretativa della Costituzione[1163]". Per chiarire il rapporto tra giudice e legge alla luce della nostra Costituzione, insiste Valditara che sia necessario tornare all'articolo 1 sui termini democrazia, sovranità, popolo. Nel dibattito e nella volontà dei Costituenti, appartenendo la sovranità esclusivamente al popolo, non vi è spazio per la partecipazione alla stessa da parte altri organi dello Stato, a partire dai giudici innanzitutto. Un altro articolo che va richiamato nell'economia della sua riflessione è il 101 che vuole che il giudice sia fedele alla volontà del legislatore, un *potere nullo* per dirla con Montesquieu, che ha il compito di applicare la legge, non quello di creare diritto. In conclusione Giuseppe Valditara auspica che postulati quali la sovranità popolare si esplichino con la legge e che la legge votata dai rappresentanti del popolo, strumento della democrazia, siano non più dimenticati. E ribadisce che un giudice non può applicare una norma costituzionale in senso discrezionale e arbitrario in quanto privo di legittimazione popolare. Inoltre il principio di maggioranza è quello che consente ad una democrazia di

[1160] G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 98.
[1161] L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 50.
[1162] S. Satta, *Il mistero del processo*, Milano, Adelphi, 2014, p.21
[1163] A. Baldassare, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. Dir.*, 22, n. 4/1991, p. 654.

funzionare. Non è contemplata dal Costituente lo Stato-persona dovuta ad una presunta sovranità della Costituzione. La legge ordinaria è per il Costituente la esplicazione immediata della sovranità del popolo, ad essa sono tutti sottomessi, governo e giudici. La giustizia deriva dal popolo e viene amministrata su mandato del popolo. A fondamento del potere del giudice vi è sempre il popolo di cui deve rispettare la volontà come espressa nella legge. L'attribuzione al giudice di funzioni creative di diritto e la sua considerazione alla stregua di fonte del diritto non appartengono a questa tradizione e questa narrazione. Non è possibile introdurre un diritto identitario e personale. Sembra necessaria "un'area di cecità istituzionale dove non è pericolo di sostenere discriminazioni verso alcuno"[1164]. Come scrive Francesco Cavalla, "un conto è riconoscere la necessità dell'intervento interpretativo del giudice e un conto è assegnare a quest'ultimo una autentica funzione nomopoietica"[1165]. Al fine di non correre il rischio di decretare la 'morte' dei principi di eguaglianza formale, di astrattezza e di generalità del diritto. Il giudice è solo un tecnico scelto per la sua competenza tecnica ed è soggetto alla legge e certo non la può disapplicare. Peraltro il giudice costituzionale può dichiarare la incostituzionalità di una legge ma non può creare nuovo diritto. La preoccupazione di Valditara dunque va nella direzione di un rispetto autentico della democrazia. Ciò comporta, nella sua lettura, certezza del diritto e il rispetto del principio democratico della sovranità popolare[1166]. Ogni iniziativa che rafforzi la partecipazione democratica può avere origine solo dalla presa di responsabilità da parte dell'intero *universo giuridico* a cui tutti noi apparteniamo, rendendo sempre più vicine tutte le Leggi scritte e non scritte che entrano nella nostra vita e nella nostra storia.

4. Altre vie…..

La questione è ancora aperta dunque perché richiama il senso vero, autentico, della democrazia. E ci sono anche altri tipi di possibilità, di soluzioni, nella misura in cui si vada in direzione dell'ermeneutica nel segno dell'interpretazione cognitiva, che vuole distinguersi, dall'interpretazione decisoria, nella regione di un altro metodo attraverso il

[1164] C. Luzzati , *La politica della legalità. Il ruolo del giurista nell'età contemporanea*, Bologna, il Mulino, 2005, p. 94.
[1165] F. Cavalla, *A proposito di un saggio di Giuseppe Valditara: "Giudici e Legge"*, in *Oss. Cost.*, n. 2/2018.
[1166] Cfr. G. Valditara, *Giudici e legge*, cit, pp. 291-301.

quale è possibile produrre un ragionamento logico-formale che però, a nostro modo di vedere, incorre in una sorta di interpretazione debole, per non dire labile[1167]. Non è questa ovviamente la strada attraverso la quale bisogna affrontare la questione della verità. Non con la *V* maiuscola ma la verità nel nostro ambito che è quello del diritto. Indubbiamente, non può essere questa la soluzione, anche perché siamo convinti, che il giudicare per dirla con Garapon, è un giudicare-evento cioè sia la possibilità di svolgere l'arte del giudicare attraverso il tentativo di considerare da un lato, l'esperienza estetica della giustizia e dall'altro, l'azione del tenere in vita il testo di legge[1168]. Quindi, non può essere sostanzialmente tutto qui, tant'è vero che ci sono altre possibilità, altre modi di affrontare il nesso logico-giuridico. Si pensi al rapporto tra verità processuale e verità del reale, nelle teorie del fatto giudiziario, come tentativo di ricostruire attraverso elementi narrativi, il fatto e il diritto che si incontrano. E questa è una strada che nei tempi è stata anch'essa seguita, come una sorta di possibile alternativa alla visione relazionale tra il diritto sentimentale e la verità del giudice, quasi a tener conto di quest'ultimo, come strumento idoneo ad innescare il tentativo di inserire nel giudizio un elemento poetico nella prospettiva comunque di una mera riduzione ad una logica definitoria, del tutto inadeguata[1169]. Anche la strada della ricostruzione del fatto giudiziario, nel termine delle narrazioni, sostanzialmente non ci dà delle risposte incoraggianti e durature.

5. Verità del diritto e Nuove tecnologie.

Allora ci sovviene fondamentalmente un nuovo corso, avendo brevemente ricordato alcune esperienze, che in qualche modo richiamano la questione della ricerca della verità e alcune strade che probabilmente non sono quelle giuste. Oggi più che mai abbiamo la possibilità di ragionare intorno al tema con l'occhio puntato verso le nuove tecnologie. Nel nostro tempo è possibile parlare di tecno-diritto, della decisione giudiziale come espressione di nuovi tipi di tecnologia: si pensi alla robotica, all'intelligenza artificiale, e rispetto al vero,

[1167] Cfr. G. Pino, *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, in *Rivista di Filosofia del diritto- Journal of Legal Philosophy*, n. 1/2013, Bologna, Il Mulino, pp. 77-99.
[1168] Cfr. A. Garapon, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, a cura di D. Bifulco, Milano, Raffaello Cortina, 2007, pp. 1-4.
[1169] Cfr. F. Di Donato, *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel "processo"*, Milano, Franco Angeli, 2008, pp. 17-21.

rispetto alla debole verità, cosa può dare la tecnica in più? Indubbiamente questo discorso oggi va seguito, è molto importante e anche molto affascinante perché è chiaro che se da un lato abbiamo indubbiamente l'immagine di un uomo che può perdere ontologicamente la propria primazia, dall'altro non possiamo tacere di fronte agli sviluppi della tecnologia. Soprattutto adesso che siamo protagonisti dell'era dell'incertezza per cui bisogna sostanzialmente tener conto della possibilità di interrogarsi su nuove realtà. In qualche modo, la figura del giudice-robot e dell'avvocato-robot vanno definite nella loro novità e vanno appunto studiate. È chiaro che il ragionamento intorno a questi punti è complesso. In più, ci sono domande veramente importanti intorno all'entrata in campo degli algoritmi, al rapporto tra diritto e potere, a chi detiene l'algoritmo[1170]. Ancora una volta nasce e fuoriesce dal contesto delle ombre della storia, la relazione tra diritto e potere. È possibile pensare a un robot che mente? È possibile ritenere che al di sopra un robot-giudice vi sia un superiore robot-giudice che possa intervenire sulle decisioni prese dal robot-inferiore? Insomma, ci sono domande che vanno poste in questo contesto, stiamo parlando chiaramente, della funzione predittiva della prognostica giudiziaria. Termini che entrano oggi più che mai nei saperi giuridici che sono sostanzialmente all'interno di questo discorso. Senza dubbio, ogni ambito del diritto deve confrontarsi con questa situazione come, a esempio, i casi delle decisioni giudiziarie in campo amministrativo, che sono quelli più evidenti, oggi più che mai per quanto riguarda le valutazioni prognostiche[1171]. Questa situazione di una ricerca della verità all'interno dell'universo giuridico, partendo dalla possibilità di utilizzo di queste tecnologie, apre una ampia finestra su un punto fondamentale, che è quella dell'erosione della responsabilità, decisivo perché quando parliamo di I.A. e di robotica siamo ancora nella fascinazione di un mistero. C'è un tentativo inespresso di umanizzare l'I.A. per recuperare un senso di responsabilità che sembra sfuggente, quasi dormiente, in quanto che, affidandoci alle macchine, il senso di responsabilità rispetto a ciò che viene espresso potrebbe venir meno[1172]. Allora interviene il diritto, anche in ambito comunitario, con un apparato normativo che si occupa di questi

[1170] Cfr. R. Mattera, *Decisione negoziale giudiziale: quale spazio per la robotica?*, in *La Nuova Giurisprudenza civile commentata(NGCC)*, n. 1/2019, pp. 198-207.
[1171] Cfr. F. Patroni Griffi, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in A. Carleo (a cura di), *Decisione Robotica*, Bologna, Il Mulino, 2019, pp. 214-228.
[1172] Cfr. E. Ancona, *Introduzione a Soggettività, Responsabilità, Normatività 4.0. Profili filosofico-giuridici dell'intelligenza artificiale*, in *Rivista di Filosofia del Diritto- Journal of Legal Philosophy*, n. 1/2019, Bologna, Il Mulino, pp. 81-86.

problemi. Perché la questione, come si diceva prima, è molto complessa e anche legata a una ricerca che evolve continuamente e non è mai totalità ma dentro di sé, attraverso il dubbio, riesce a svilupparsi in maniera sempre più veloce anche al di là delle regole, e non è un caso che oggi si parli di una di una visione dei diritti tecnologici che forse prima non c'era. Sembra necessario guardare ai principi etico-giuridici, al tentativo di tener sotto controllo una tecnologia che si espande, con conseguenze ancora da realizzare pienamente. Si pensi ai danni causati ipoteticamente dal robot, dalle minacce della macchina verso gli esseri umani, magari immaginate ma non immaginifiche e sostanzialmente neanche tanto lontane[1173]. È evidente che quando parliamo di erosione della responsabilità si apre la discussione su entrambi i fronti: sia sul piano soggettivo che sul piano oggettivo, perché la responsabilità è anche legata alla relazione che potremmo costruire ipoteticamente con l'automazione. Non a caso, come dice la Floyd, dobbiamo essere capaci di preservare alcune condizioni dell'anima rispetto alle macchine ossia l'amore, l'amicizia e altro, che possono custodire la nostra forma di vita originaria[1174]. Dunque, possiamo quindi cercare di produrre almeno parzialmente una conclusione. Il ragionamento è che, se da un lato noi pensiamo alla macchina che poi produce l'assoggettamento, onde evitare visioni neo-luddistiche che possono farcene temere, dobbiamo pensare nella misura in cui essa può essere d'ausilio per il diritto, per il giurista in senso generale, e, dall'altro lato, non possiamo abbandonarci arrendevolmente all'oblio dell'essere, come dice Heidegger[1175]. Vi è una macchina che può assoggettare e una macchina che può salvare; in entrambi i casi è necessario affrontare il quesito con intelligenza perché significa, da un lato tener basso il livello di incertezza, dall'altro lato aprire la possibilità a un recupero della soggettività. L'unica soluzione possibile è quella di pensare alle possibilità tecnologiche come ausilio, che con la loro portata di *novum* possano aiutare il giudicante a giudicare.

[1173] Cfr. A.C. Amato Mangiameli, *Algoritmi e big data. Dalla Carta sulla Robotica*, in *Rivista di Filosofia del Diritto- Journal of Legal Philosophy*,1/2019, cit., pp. 107-124

[1174]Cfr, J. Floyd, *"Lebensformen: Living Logic"*, in *Language, form(s) of Life and Logic. Investigations after Wittgenstein*, (a cura di C. Martin), De Gruyter, Berlin, 2018, pp. 59-92.

[1175] Cfr. M. Heidegger, *La questione della tecnica*, in *Saggi e discorsi (1954)*, a cura di G. Vattimo, Milano, Mursia, 1985

6. *Judge in the machine* o *Ghost in the machine*?

Possibilità che non va esclusa nella misura in cui fondamentalmente si guardi alla tecnica come una sorta di levatrice, novello Socrate come dice Punzi, come una sorta di guida all'interno di un mondo complesso[1176]. Un mondo davvero nuovo, tanto è vero che non è possibile svolgere l'azione del giudizio senza avere particolare propensione alla complessità. Penso, usando le parole di Heidegger, che bisogna salvaguardare quelle tonalità emotive dentro ogni giudizio e il giudice col suo tempo[1177]. Il giudice riconosce l'urgenza della verità ma per riconoscerla è necessario arrendersi all'unica possibilità della ricerca, sempre come diceva Capograssi, del magico nel giudizio[1178], ossia la possibilità di trovare dentro la propria azione una possibilità di interpretazione della tonalità emotiva che, da questo punto di vista, ci dà la visione della preistoria della norma affinché sia possibile la trasformazione interiore sia del giudice che di ciò che viene giudicato. È la comunità giuridica, il *Dasein* giuridico che ci permette di pensare al diritto ancora oggi come una possibile arte della trasformazione individuale ma anche sociale[1179]. Dunque, la verità ha una sua importanza. Natalino Irti parlava di diritto e diritti senza verità[1180] ma non è questo il punto per cui passare. Così come effettivamente oggi più che mai c'è un ritorno all'umanità del diritto attraverso l'elemento della verità dell'azione, come avrebbe detto Capograssi. Unico modo anche per richiamare quella condizione della responsabilità alla quale facevo riferimento prima, che diventa centrale per rifuggire da una ipotetica legalità della verità, che diventa sostanzialmente elemento di semplicismo all'interno di un discorso così complesso. Allora, qual è il punto che potrebbe rilevarsi sintetico? Non siamo ancora pronti a un *addio alla verità*, per usare le parole di Gadamer[1181]. E quindi abbiamo bisogno più che mai oggi di una verità. E per fare questo è necessario, in una logica di questo genere,

[1176] A. Punzi, *Judge in the machine. E se fossero le macchine a restituirci l'umanità del giudicare?*, in A. Carleo (a cura di), *Decisione Robotica*, cit., pp. 319-330.
[1177] Cfr. M. Heidegger, *Logica e linguaggio*, Milano, Marinotti, 2008, pp. 167-170.
[1178] G. Capograssi, *Giudizio, processo, scienza, verità*, in *Opere*, cit. Sul punto rinvio a L. Di Santo, *Tempo e diritto nella prospettiva filosofica di Giuseppe Capograssi. Un confronto con Gerhart Husserl*, in G. Marino (a cura di), *In ricordo di Giuseppe Capograssi. Studi napoletani in occasione del cinquantenario della morte*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, pp.70-85.
[1179] Cfr. G. Husserl, *Diritto e tempo. Saggi di Filosofia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1998, p.146.
[1180] Cfr. N. Irti, *Diritto senza verità*, Roma- Bari, Laterza, 2011, pp. 5-12.
[1181] Cfr. H.G. Gadamer, *Verità e Metodo*, a cura di G. Vattino, trad. it. a cura di G. Reale, Milano, Bompiani, 2000, p. 400.

di disincantare la verità. Evitare che vi siano dicotomie del tipo verità/ utilità[1182]. Di fare in modo che la verità abbia una sua interezza. È necessario educare alla verità. La verità va, appunto, ricercata continuamente. Ci sono le teorie del dialogo, dell'intraculturalità che ci permettono un passaggio del genere e allo stesso tempo abbiamo anche un esigenza fondamentale di verità quando parliamo di democrazia[1183]. Sappiamo perfettamente che la verità e la democrazia sono sostanzialmente, ne parla anche Kelsen, il pane reciproco di entrambe[1184]. E allora è chiaro che possiamo dire che la questione centrale del nostro discorso non è rifuggire dalla tecnica. Ma, per parafrasare una espressione molto bella di Blumenberg, la verità in ogni caso si specchia sul fondo e va ricercata perché essa andrà sempre oltre la possibilità di essere di semplice ausilio attraverso la tecnologia. Non possiamo immaginare il giudice macchina, *judge in the machine*, come un possibile *ghost in the machine* ma al contrario, realizzarne la presenza attiva. Tutto ciò deve portarci a pensare che la tecnica, la macchinalità, la robotica e tutto quanto questo mondo, come direbbe Anders, possa semplicemente preannunciare una catastrofe positiva che ancora una volta possa farci riflettere su cosa sia l'umanità. Questo è il punto definitivo: andare oltre l'ausilio ma ritornare a pensare che forse la tecnica ancora oggi sia una via accettata semplicemente perché la nostra immagine, *imago dei*, quella che si riflette nello specchio, è ancora riconosciuta. É l'immagine confortante dell'*imago dei* a sua immagine e somiglianza. Ma se un giorno guardandoci allo specchio troveremo l'*imago-machinae*, allora può nascere il terrore, o anche la possibilità di una non riconoscenza della propria identità. Allora dobbiamo essere vigili, in quanto l'algoritmo proibito che troviamo sull'albero della conoscenza è un algoritmo che fondamentalmente non può essere accettabile in un "paradiso perduto", per citare il poeta Milton. L'algoritmo proibito ci distacca fondamentalmente dalla verità e deve essere comunque, a nostro modo di vedere, capace di segnare l'ultimo confine, perché dall'albero della conoscenza del bene e del male, come è detto nella Genesi, non devi mangiare"[1185], senza conoscere e senza cercare la verità. L'algoritmo, la macchina il robot non devono sedurci ma farci ancora una volta riconoscere l'uomo nella verità, nello splendore della verità. E questa è la sfida che

[1182] G. Marino, *Umanità del diritto. Percorsi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, 163.
[1183] Cfr. G. G. Curcio, *Etica del dialogo. Diritti Umani, Giustizia e Pace per una società interculturale*, Bologna, il Mulino, 2019, pp. 39-48.
[1184] Cfr. F. Mancuso, *Il doppio volto del diritto. Saggi*, Torino, Giappichelli Editore, 2019, pp. 313-336.
[1185] Bibbia XI, Gen 2, 16-17.

dobbiamo accogliere non rifuggendo ma cercando di percepirne la bellezza affinché comunque la tecnica sia sempre sottoposta alla nostra volontà creativa.

Abstract: Al centro della riflessione si staglia il tema della verità, nella dimensione del giudizio, relativamente all'accertamento della veridicità dei fatti che nascono dalla controversia. L'attenzione verte sul giudizio in senso logico-giuridico sul piano veritativo e dunque creativo ma anche intorno ai processi tecnologici. Negli ultimi anni, i poteri del giudice hanno preso sempre più campo attraverso la presenza più ampia di una interpretazione creativa oramai nucleo essenziale della discrezionalità giudiziale. La dilatazione di spazi di discrezionalità giudiziale apre una riflessione circa la dimensione politica e ideologica della posizione assunta dai giudici e il reale pericolo per le garanzie democratiche. Si aprono altre vie, in particolare quella della tecnica, ma la verità in ogni caso va ricercata perché essa andrà sempre oltre la possibilità di essere di semplice ausilio attraverso la tecnologia. Non possiamo immaginare il giudice macchina, *judge in the machine*, come un possibile *ghost in the machine* ma al contrario ricercarne la presenza.

Abstract: At the center of the reflection stands the theme of truth, in the dimension of judgment, relative to ascertaining the truthfulness of the facts that arise from the controversy. The attention focuses on the judgment in a logical-legal sense on the truthful and therefore creative level but also about the technological processes. In recent years, the judge's powers have increasingly through the wider presence of a creative interpretation now essential nucleus of judicial discretion. The dilation of spaces of judicial discretion opens a reflection about the political and ideological dimension of the position taken by the judges and about the real danger for democratic guarantees. Other ways open up, in particular the technology, but in any case the truth must be sought because it will always go beyond the possibility of being a simple aid through technology. We cannot imagine the machine judge, judge in the machine, as a possible ghost in the machine but on the contrary to seek his presence.

Parole chiave: verità – giudizio – macchina – processo - diritti.

Key words: truth – judgment – machine – process – rights.

IL DECLINO DELLA LEGGE DINANZI ALL'ASCESA DEL DIRITTO GIURISPRUDENZIALE: DALLA VERITÀ LEGISLATIVA A QUELLA GIURISPRUDENZIALE*.

di Raffaele Maione**

Sommario. 1. Breve introduzione. – 2. Declino della legge. Dinamiche ordinamentali e sociali nell'attività del giudice. – 3. Il ruolo della verità: una possibile conclusione.

1. Breve introduzione.

Nella società moderna le sentenze, rispetto al passato, assolvono a una funzione creativa del diritto, divenendo, pertanto, una vera e propria fonte giuridica. Il nuovo ruolo attribuito alle sentenze solleva problematiche su alcuni punti teorici (in passato certi) del diritto: dal primato delle leggi separazione dei poteri, al ruolo dei giudici e al loro compito interpretativo.

Siamo dinanzi ad un sistema in cui le "istituzioni giuridiche e sociali non sono più il risultato di una produzione normativa spontanea e consuetudinaria, ma di regimi di produzione istituzionalizzati. Questa nozione designa i legami tra i sistemi sociali autonomi, tra il diritto, l'economia, la politica, l'educazione e la scienza"[1186]. La produzione normativa viene svincolata dalla dipendenza legislativa, con il sopravvento della dimensione sociale: si pensi anche al proliferare delle leggi speciali, "che formano micro-sistemi normativi e discipline settoriali, aventi l'obiettivo di tutelare aspetti della vita quotidiana o categorie sociali"[1187]. La cultura giuridica occidentale, in passato separata in due tronconi (*civil law* e *common law*), oggi tende ad attribuire al giudice un ruolo primario.

---

* *Sottoposto a referaggio*.

** Dottore di ricerca in Filosofia del diritto – Università degli studi di Napoli Federico II; professore a contratto – Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

[1186] G. Teubner, *Le molteplici alienazioni del diritto*, in *Il diritto possibile. Funzioni e prospettive del medium giuridico*, a cura di A. Rufino – G. Teubner, Milano, Guerini Scientifica, 2005, p. 107.

[1187] F. Ciaramelli, *Consenso sociale e legittimazione giuridica. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2013, p. 231.

Lo stesso ruolo attuale dell'avvocatura mette in primo piano il ruolo della giurisprudenza: si pensi alla realtà già diffusa in passato del realismo giuridico scandinavo e americano[1188] o all'attuale sistema comunitario nonché alle decisioni della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione e della Corte di giustizia Europea. La giurisprudenza si rafforza ma diventa sempre più instabile perché manchevole di indirizzi uniformi: entra in crisi lo statalismo e il legalismo, entrando, così, in crisi la legge, o, come afferma Luciani, la "preferenza di legge"[1189], con la conseguenza di una maggiore pluralizzazione delle fonti del diritto[1190]. Il dinamismo di cui sopra non è altro che il frutto del passaggio da uno Stato fondato da valori stabili a quello fondato su valori dinamici, propri di una società 'aperta'[1191]. Si pensi per esempio al campo economico o a quello del lavoro e al fatto che la legge non è in grado di essere ai passi con le mutate condizioni economiche che quotidianamente emergono: le disposizioni normative vengono strutturate in maniera 'aperta' in modo da favorire il compito affidato al giudice di determinare l'effettivo significato normativo delle stesse.

2. Declino della legge. Dinamiche ordinamentali e sociali nell'attività del giudice.

Lo Stato di diritto, per come è stato teorizzato nell'Ottocento, non esiste più, non arrestandosi il progressivo sviluppo di forme di autoregolamentazioni sociali: "questi fenomeni di profonda trasformazione si accompagnano alla progressiva erosione del ruolo dello Stato nazionale sia dal punto di vista internazionale, sia interno. Da un lato, la normazione dello Stato deve conformarsi sempre più alla legislazione delle organizzazioni

[1188] Cfr. M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione storica*, Bologna, Il Mulino, 1997, pp. 121-126, 167-174.
[1189] M. Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir.*, Annali, XI, Milano, Giuffrè, 2016, p. 463.
[1190] Cfr. P. Grossi, *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, p. 4. Secondo l'autore, dopo anni di dominazione 'legislativa', la scienza giuridica abbandona la convinzione che lo Stato sia l'unico soggetto creatore di norme. Il compito moderno del giurista è quello di reperire 'diritto' quando si forma nella società. Cfr. P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, *passim*.
[1191] Zagrebelsky ritiene che siamo dinanzi ad un "deperimento di un quadro di principi di senso e valore generalmente condiviso". G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 201. Tutto ciò comporta come conseguenza naturale "interpretazioni alternative e confliggenti delle medesime disposizioni". P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 145.

sovranazionali, […]; dall'altro, si trova, a fronteggiare fenomeni di localismo sempre più accentuati che ripropongono l'organizzazione federale o confederale"[1192]. Il ruolo sempre più crescente della giurisprudenza ha rafforzato il ruolo dei principi e dei valori sanciti dalla carta costituzionale: nel caso di specie si delinea la conformità alla Costituzione[1193]. Il giudice dispone di una sorta di interpretazione e reinterpretazione dei fatti e delle norme alla luce dei valori costituzionali. Altro elemento rafforzativo del ruolo moderno dei giudici viene rappresentato dal diritto vivente, come 'coscienza sociale', di forte radicamento nella realtà sociale come comprensione degli attuali confini applicativi del principio di separazione dei poteri nello Stato di diritto[1194]. La giurisprudenza diventa così, essa stessa, legge: "anche i giudici, […], risultano a pieno titolo coinvolti, […], in una sorta di processo allargato di produzione legislativa, in quanto titolari di attribuzioni direttamente derivanti dalla Costituzione"[1195]. Negli assetti costituzionali moderni, proprio la giurisprudenza costituzionale è in grado di dare risalto alla collettività organizzata, irradiandosi nella società stessa. Tutti questi elementi denotano una crisi profonda del diritto come sistema di norme poste dal Parlamento. Un primo motivo di rilevante spessore viene rappresentato dalla mancata formazione negli ultimi decenni di prospettive ideologiche: a differenza delle prospettive ideologiche quali l'illuminismo e il marxismo, assistiamo oggi ad un pensiero frammentario[1196], da una visione di tipo potestativa e normativa del diritto siamo passati ad una di tipo ordinamentale. Valga l'insegnamento di Tocqueville che sosteneva "la libertà è solo un contenitore vuoto se non viene animata concretamente dalla partecipazione e dalla responsabilità personali, ed è sostanzialmente nulla, o fortemente compromessa, senza il rispetto e la valorizzazione del patrimonio religioso appartenente alla storia e presente nella comunità sociale"[1197]. Lo stesso articolo 19 della Costituzione italiana è il frutto di quelle dottrine come quella del Santi Romano sulla pluralità degli ordinamenti giuridici che guardano alla società come produttrice di ordinamenti sociali: "ci sono tanti ordinamenti

[1192] C. Faralli, *Stato*, in *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, a cura di A. Barbera, Roma-Bari, Laterza, 2019, pp. 190-191.
[1193] Cfr. P. Grossi, *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, cit., p. 7.
[1194] Cfr. AA.VV., *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, vol. 1, *Italia, Francia, Belgio, Germania, Spagna, Portogallo, Brasile, Argentina, Colombia*, a cura di M. Cavino, 2009.
[1195] R. Chieppa, *La giustizia costituzionale nel 2002*, in *GCost*, 2003, p. 3180.
[1196] J. F. Lyotard, *La conditione postmoderne. Rapportsur le savoir*, trad. it. a cura di C. Formenti, *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, Milano, Feltrinelli, 1981, *passim*.
[1197] A. De Tocqueville, *La democrazia in America*, Torino, Einaudi, 2006, p. 294.

giuridici quante istituzioni"[1198]. Di conseguenza scrive Ciaramelli "Santi Romano s'accosta alla dottrina secondo cui è capace di produrre diritto ciascuna comunità organica, ma sostituisce al concetto naturalistico di comunità quello di istituzione […], che consente una più adeguata comprensione del carattere storico-sociale dei significati giuridici"[1199]. Le virtù morali si formano nell'ambiente sociale dove "il bisogno particolare e caratteristico della specie dell'uomo è la sua vita sociale. […] L'uomo prospera vivendo in società. Più la società, in cui vive un uomo, si presta a che l'individuo partecipi alla vita comune, e più esso si migliora"[1200]. Il ripensamento del diritto nella prospettiva ordinamentale ha comportato la nascita di uno spazio interpretativo in cui la stessa interpretazione non rappresenta un'appendice esterna al procedimento formativo degli atti normativi ma come momento istituzionalizzato e interno della norma stessa. L'odierna crisi del monismo legislativo ha disarticolato la piramide delle fonti del diritto per determinare una necessaria svolta ermeneutica comportando anche la nascita di prassi negoziali, arbitrati, mediazioni, negoziazione assistita, lodi arbitrali, rafforzamento degli orientamenti notarili e giurisprudenziali. Terzietà, naturalità, neutralità e soprattutto indipendenza riflettono la lettura della società da parte del giudice: la motivazione poi indicherà nella sentenza il procedimento argomentativo di siffatta lettura giustificando la scelta adottata. La società moderna è divisa in svariate e mutevoli componenti economiche e sociali. La legge continua ad avere una sua funzione fondamentale: spetterà al giudice procedere, in tema di interpretazione, all'adeguamento del diritto alle esigenze reali della società. Ma quale sarebbe il vero compito del giudice? La legge esprime la volontà giuridica (generale ed astratta) ma al giudice spetta un compito di tipo ermeneutico: essere in grado di dare voce alla società senza allontanarsi dal 'rispetto' della legge stessa. Il diritto vivente (sociale) posto nelle sentenze non deve essere finalizzato a creare norme individuali ma in grado di aiutare il diritto positivo nell'interpretazione dinamica della società: anche l'interpretazione del diritto deve essere sottoposta a delle regole, a cominciare dalla deferenza al testo. Afferma Viola che "Il diritto non è soltanto il prodotto di un'arte, ma è quest'arte stessa. È l'uno e l'altra insieme. Il diritto è un modo particolare di attualizzare le nostre capacità di ragionamento pratico e di deliberazione razionale. Dal modo in cui si

[1198] S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1946, p. 108.
[1199] F. Ciaramelli, *Consenso sociale e legittimazione giuridica. Lezione di filosofia del diritto*, cit., p. 141.
[1200] G. Giannini, *Introduzione*, in *La morale dei positivisti*, di R. Ardigò, Milano, Pensa Multimedia, 1973, p. 13.

attuano nella pratica del diritto possiamo indurre quali queste capacità siano e quali abilità siano richieste. Se non riconosciamo a quest'arte una capacità di giustificazione razionale sulla base dell'idea aristotelica di scienza pratica, allora l'indagine scientifica potrà riguardare solo particolari segmenti o elementi della pratica giuridica (come, ad esempio, il linguaggio del legislatore), ma non già mirare ad una compiuta teoria del diritto positivo nel suo dispiegarsi dalla produzione della norma alla regola del caso concreto. A questa bisognerebbe rinunciare. Senza dubbio si può conoscere senza comprendere. Ma solo all'interno di una comprensione del fine del diritto e del suo contesto di esercizio si può articolare una conoscenza scientifica che perfezioni l'arte del diritto. Voglio dire che una teoria del diritto positivo è possibile solo se non recide i suoi legami con la visione filosofica del diritto come arte della convivenza civile, altrimenti dovrà limitarsi ad essere una teoria di un aspetto particolare della scienza giuridica. Ne guadagnerebbe in "scientificità", ma non nella comprensione del diritto positivo"[1201]. Il diritto è un continuo processo sociale di positivizzazione, concreto, effettivo ed efficiente in grado, nell'ottica di una svolta ermeneutica, che non sia semplice sintesi ma una vera e propria comprensione applicativa: "il diritto deve dialogare con la morale se non vuole esso stesso diventare una morale"[1202]. Il giudice sarà poi artefice di una nuova democrazia culturale: sarà in grado di produrre una nuova sensibilizzazione nei temi del multiculturalismo e dell'accoglienza.

3. Il ruolo della verità: una possibile conclusione.

Il giurista è chiamato ancora una volta a ritrovare la propria identità nella società post globalizzata: ha bisogno, insomma, di leggere la quotidiana (complessa) società in cui viviamo, leggendo nella sua profondità e nelle sue radici. Sergio Cotta nel 1967 sosteneva che al giurista spetta il compito di razionalizzare il prodotto normativo posto dalla volontà legislativa[1203]. La società tecnologica ha favorito una certa creatività in capo ai giuristi. Il nostro è un sistema aperto: "il giurista deve acquisire anche competenze diverse da quelle

[1201] F. Viola, *Il diritto come arte della convivenza civile*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 2015, p.72.
[1202] F. Viola, *Le tre rinascite del diritto naturale nel Novecento*, in AA.VV., *Ripensare il diritto naturale e la dignità umana. Tradizione e attualità di due topoi etico-giuridici*, a cura di M. Krienke, Torino, G. Giappichelli Editore, 2020, p. 45.
[1203] Cfr. S. Cotta, *Il giurista e la società in trasformazione*, in *Jus*, 1967, p. 18.

strettamente e tradizionalmente giuridiche, uscendo dall'isolamento scientifico e culturale. Il giurista è divenuto consapevole che è impossibile lavorare sui concetti senza considerare gli interessi: non mette più in dubbio la storicità delle categorie giuridiche e si industria a conciliare il pensiero sistemico col pensiero problematico. La scoperta della necessaria interdisciplinarietà non è certo una novità, anche se è stata in passato più auspicata che praticata. Ciò che è nuovo è lo sforzo di coniugare la multilateralità delle competenze con la ricerca della *specificità del giuridico*"[1204]. Ma il nuovo giurista è anche quello che risponde alla tendenza verso una sorta di specializzazione del diritto: si pensi alla sua frammentarietà, alla mancanza di norme, a settori in cui meglio viene specializzato: il diritto, caratterizzato da indeterminatezza, si configura come "una pratica sociale interpretativa"[1205]. Il compito del giurista si qualifica come attività interpretativa-educativa-interdisciplinare-sociale: non svolge una mera attività storia o una semplice esegesi, ma al contrario si educa il cittadino all'educazione cognitiva del diritto, come valore sociale di giustizia. La vera attività interpretativa è un'attività di verità: "piuttosto che disfare la verità, secondo la prospettiva postmoderna, sarebbe meglio concentrarsi sul fare la verità, elemento che si applica anche all'arte dell'interpretazione"[1206].In questa prospettiva può essere recuperato il concetto tradizionale di persona umana come soggetto morale e autonomo. La filosofia del diritto, avendo il compito di indagare il diritto, analizzandolo deve capire il fondamento morale del diritto in una visione di tipo teologico: se si conduce tutto il diritto naturale alla persona, allora la giustizia e il diritto non sono prodotti umani ma legati ad una metafisica filo-teologica, ossia quella scienza che conduce l'uomo al bene e al giusto. "La modernità del giurista, epoca di grandi conquiste e, al contempo, di errori dalle conseguenze talora drammatiche, – sostiene Punzi - è giunta al termine. […] Il giurista contemporaneo si è come risvegliato dall'incantamento […] e ha avvertito che, al fine di riguadagnare il suo oggetto, deve abituarsi a tenere gli occhi ben aperti sulla viva e pulsante fattualità dell'esperienza giuridica"[1207]. Il diritto non può ridursi a mera norma individuale e convenzionale, al servizio di interessi soggettivi rappresentati

[1204] F. Viola, *Nuovi percorsi dell'identità del giurista*, in *Filosofia del diritto: identità scientifica e didattica, oggi*, a cura di B. Montanari, Milano, Giuffrè, 1994, p. 125.
[1205] V. Omaggio, *Interpretazione giuridica*, in *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, a cura di U. Pomarici, Torino, G. Giappichelli Editore, 2007, p. 409.
[1206] M. Ferraris, *Verità trascendentale*, in *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, a cura di G. Conte e M. Palazzo, Milano, Giuffrè, 2018, p. 299.
[1207] A. Punzi, *Il realismo di Paolo Grossi e i filosofi del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, (1), 2016, V, p. 74.

da piccoli gruppi, ignari della presenza di valori sociali ed etici superiori: l'esperienza giuridica deve rispondere alle "aspirazioni individuali e attese sociali, valori morali e interessi economici, modelli antropologici e condizionamenti politici, ambizioni tecno-scientifiche e applicazioni mediche"[1208]e "la norma, in tale prospettiva, non è più considerata come previsione più o meno astratta di comportamenti futuri da assumere sotto il suo dettato, essa appare piuttosto come il prodotto costante e sempre nuovo dell'interpretazione che definisce il caso"[1209]. Lo Stato deve avere una funzione di coordinamento e promozione, ma sempre in posizione subordinata al *primato della persona*, ordinata all'attuazione di quel *bene comune* naturalmente necessario a tutti gli uomini: emerge così una nuova idea di partecipazione come elemento strutturale per un nuovo ordine comunitario etico. L'uomo non è una produzione statale e non è un oggetto manipolato dalle istituzioni politiche, ma è persona, vertice di tutti i valori umani, al contrario dello Stato che è creato dall'uomo ed è al suo servizio. Lo Stato non può non partire da questi presupposti: proteggere i diritti naturali dell'uomo è la ragione prima dell'attività statale. La politica, di conseguenza, deve creare i presupposti di una religione civile che tuteli, attraverso la coesione sociale, i diritti umani. Il patrimonio comune dei diritti fondamentali, il cui contenuto appartiene ai credenti e ai laici, genera il ruolo centrale della persona e della sua dignità inviolabile, diritti che hanno origine trascendente. Va salvaguardata la democrazia coinvolgendo tutti i settori creando nuove regole e nuove istituzioni per realizzare una nuova cultura globale della solidarietà. Rientra in gioco la massima *Ubi societas*, *ibi ius*, un nuovo passaggio dall'economia alla politica: l'ultima parola spetta agli operatori della politica, unici rappresentanti legittimati dal popolo, in quanto la politica deve essere in grado di creare quelle regole democratiche che conducono alla ricerca del bene comune, rispettando pienamente la dignità dell'uomo, producendo una globalizzazione senza marginalizzazione. Le stesse leggi dovrebbero nascere come espressione di giustizia e di difesa dei diritti della persona, avendo valenza educativa: bisogna assolutamente eliminare quel paradosso in cui si chiede il rispetto della legge, quando la legge stessa non rispetta i valori della persona umana. La sfida è il ritorno ad una morale positiva, che non si pone contro la persona e i suoi valori ma che, al contrario, si pone al servizio di essa: ricercare la morale significa ricercare la giustizia e la verità,

[1208] S. Amato, *Caratteri del biodiritto*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2013, (1), p. 31.
[1209] F. M. De Sanctis, *La voce antica del diritto oltre-moderno*, in *Rivista di filosofia del diritto*, (1), 2015, p. 75.

creando quella giusta sinergia tra coesione sociale e benessere economico. La norma morale deve essere, contemporaneamente, espressione di un'idea regolativa e ordinativa, giustificata in una concezione teistica della vita, dove la norma stessa assume, nelle coscienze, il carattere obbligatorio.

Abstract: L'articolo opera una sintetica ricostruzione del ruolo attuale della giurisprudenza, divenendone fonte creativa del diritto. Siamo dinanzi ad uno Stato fondato su valori dinamici, propri di una società aperta: le disposizioni normative vengono strutturate in modo da affidare al giudice il compito di determinare l'effettivo significato normativo delle stesse.

Abstract: The article makes a synthetic reconstruction of the current role of jurisprudence, becoming a creative source of law. We are faced with a state based on dynamic values, proper to an open society: the regulatory provisions are structured in such a way as to entrust the judge with the task of determining the actual regulatory meaning of the same.

Parole chiave: giurisprudenza – legge – giudice – neutralità – terzietà.

Key words: jurisprudence – law – judge – neutrality – third party.

ALCUNE RIFLESSIONI FINALI, MA NON CONCLUSIVE, SU SCIENZA, BIOETICA, GIUSTIZIA E POLITICA*.

di Andrea Patroni Griffi**

1. Il tema del rapporto tra scienza e diritto si declina in molteplici, possibili profili, come emerso nella ricca pluralità delle relazioni.

Cercherò di mettere sul tavolo, in quelle che non possono essere delle "conclusioni" per l'ampiezza e la natura del tema, alcuni "nodi" in particolare nella prospettiva delle questioni della bioetica e delle relative regole "tra legislatore e giudici" (si rinvia al mio *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, anche per gli approfondimenti bibliografici).

Si tratta di un osservatorio che presenta un doppio rischio di patologia sia sul versante di un legislatore inadeguato o assente sia sul piano di un diritto giurisprudenziale, che talora tende a sfociare negli eccessi di un "giudice legislatore" o, peggio ancora dato il carattere scientifico delle questioni, di un "giudice scienziato". Si potrebbero richiamare, a tale ultimo riguardo, alcune decisioni di giudici di merito, ad esempio, sul caso Stamina o sui vaccini e l'ipotizzata esperibilità di azioni di risarcimento. Ma vi sono anche casi di virtuosità nelle relazioni tra le diverse scienze sottostanti ai processi cognitivi dinanzi alla giurisprudenza, così come richiamati anche nelle relazioni.

Dalla prospettiva del Costituzionalista occorre distinguere i campi rimessi alla discrezionalità del legislatore dalle scelte incostituzionali perché irragionevoli. E tali scelte possono essere irragionevoli e, quindi, incostituzionali perché contrarie ad ogni evidenza scientifica. Allo stesso modo ogni sentenza di un qualsiasi giudice può essere illegittima e, prim'ancora, ingiusta e inaccettabile perché contraria a qualsiasi "ragione", argomentazione, evidenza conosciuta dalle altre scienze che venissero immotivatamente disattese da quel giudice nella propria decisione.

---

* *Sottoposto a referaggio*.

** Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Università della Campania "L. Vanvitelli".

2. La legge n. 40/2004 in tema di fecondazione assistita rappresenta il prototipo di una legge, su temi di rilevanza scientifica, contenente una disciplina dettagliata, ma fatta di scelte scientificamente irragionevoli, come nel caso del limite dei tre embrioni, del divieto generale di analisi genetica preimpianto o di fecondazione eterologa. Ed è anche osservatorio la legge n. 40/2004 di questioni dal punto di vista etico, scientifico e giuridico assai controverse, come quella sulla sorte degli embrioni sovrannumerari o sulla maternità surrogata e la gestazione per altri nelle innumerevoli varianti.

I bilanciamenti nell'inizio vita presupposti dall'accesso alle tecniche della fecondazione assistita e alla conseguente produzione di embrioni devono assicurare adeguata, ragionevole tutela dei *plurimi* diritti e interessi coinvolti. Il fatto è che i termini e in parte gli stessi esiti di tali bilanciamenti sono dati spesso dalle altre scienze, diverse da quella giuridica, ma in dialogo necessario con la stessa.

Nell'inizio vita, nell'accesso alla fecondazione assistita, rileva, come la Corte sempre ribadisce, l'interesse alla tutela dell'embrione. Pur nella sua natura di "incerto umano", esso è degno di rilievo costituzionale e può condurre a individuare limiti ragionevoli all'esercizio della discrezionalità legislativa, che però non compromettano, nel ragionevole bilanciamento, diritti e libertà di chi è già persona, in particolare quando inerenti alla salute o anche altri diritti e libertà.

La giurisprudenza della Corte deve riuscire a non negare spazi di scelta all'apprezzamento discrezionale del legislatore, ma al contempo sapere fissare paletti per un ragionevole esercizio di tale discrezionalità.

Tali paletti sono nella Costituzione, come evidente. Ma i diritti e principi che fungono da parametri nei giudizi sono riempiti di significati dalle scienze e dalle evidenze scientifiche raggiunte nei vari campi.

La legge n. 40/2004 è emblematica sia della necessità della presenza di una qualche disciplina in tema di fecondazione assistita – e lo stesso si potrebbe sostenere per diversi altri ambiti etico-scientifici – sia però anche di "guasti" e incongruenze, provocati da una legge, in cui l'impostazione ideologica, in contrasto con il corretto metodo del normare soprattutto in bioetica, finisce per prevalere sulla ragionevolezza delle scelte e dei bilanciamenti operati.

Così la Corte costituzionale, già in una delle prime sentenze sul tema (sent. n.151/2009), censura due limiti irragionevoli, in quanto intimamente *contra scientiam*, contenuti nella

legge n. 40, quali il divieto di creare più di tre embrioni e il divieto di congelare quelli non impiantati.

Queste attività in realtà costituiscono scelte di naturale appannaggio di valutazione medica al fine di garantire in modo adeguato il diritto alla salute della donna. Occorre ovverosia riconoscere, in tali casi, ambiti di prudente, flessibile apprezzamento medico-scientifico. Tutto ciò, sottolinea la Corte costituzionale, "si pone, in definitiva, in contrasto con l'articolo 3 della Costituzione, riguardato sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza e di quello di uguaglianza, in quanto il legislatore riserva il medesimo trattamento a situazioni dissimili; nonché con l'articolo 32 della Costituzione, per il pregiudizio alla salute della donna – ed eventualmente, come si è visto, del feto – ad esso connesso".

Si tratta di scelte che il legislatore non avrebbe dovuto direttamente fissare in modo generale e assoluto. Sono valutazioni che attengono, invece, all'apprezzamento del medico, a garanzia del diritto alla salute della donna, che accede alla fecondazione in condizioni personali, di salute, di età anche molto diverse, e che non possono essere regolate per legge in modo uniforme, se non secondo un canone quasi diremmo di ragionevolezza scientifica.

La Corte poi fa cadere il divieto generale di analisi genetica preimpianto, contenuto sempre nella legge n. 40, da parte di coppie fertili, ma affette da malattia genetica. Anche qui si tratta di una scelta irragionevole sul piano scientifico. E la sentenza n. 96/2015 coerentemente richiama la stessa legge n. 194/1978. Il criterio di grave pericolo "per la salute fisica o psichica della donna" diviene, infatti, "presupposto per l'interruzione tardiva di gravidanza", utilizzato "come *tertium comparationis* che enuncia i presupposti necessari per accedere alla diagnosi preimpianto". La sentenza dichiara l'illegittimità del divieto di diagnosi genetica preimpianto contenuto nella legge 40 nella parte in cui tali norme "non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di *gravità* di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza), accertate da apposite strutture pubbliche".

Sulla sorte degli embrioni sovrannumerari nella sentenza n. 84/2016 della Consulta invece la Corte non si spinge a tanto.

La Consulta considera infatti la rimozione del divieto di sperimentazione o di altro impiego

degli embrioni una scelta che rientra nell'esercizio della discrezionalità del legislatore e non contraria di per sé a scelte che evidenze scientifiche sottraggano al legislatore.
Senonché non si comprende la ratrio e l'effettività della "tutela" di un embrione destinato a un'indefinita crioconservazione, laddove poi non sarà più in grado di essere impiantato.
La Consulta sottolinea come spetti comunque al legislatore la disciplina sulla sorte degli embrioni sovrannumerari, che andrebbe adottata sulla scorta dei dati scientifici, distinguendo i diversi stadi di sviluppo anche "pre-embrionale" e semmai rimettendo opportunamente le determinazioni sulla sorte di tali embrioni alla decisione di organismi etico-scientifici.

3. Questi rapidi esempi ci conducono dritti al cuore della questione relativa all'elaborazione della norma in bioetica, laddove rileva il dato scientifico, nella definizione dello spazio delle scelte politiche e del ruolo del diritto giurisprudenziale.
In realtà, la stessa contrapposizione in materia tra "principilismo" e "casistica" acquista una valenza descrittiva nel biodiritto, laddove emerge il necessario superamento di ogni prospettiva di schematica contrapposizione.
Il biodiritto è un processo al contempo deduttivo, che parte dai principi per risolvere i casi concreti, e induttivo, che muove dallo studio delle esperienze e dalla casistica per arrivare a una definizione generale a livello di principi. E' stato rilevato un "rincorrersi continuo", anzi "il reciproco completamento tra dimensione legislativa e dimensione giudiziaria", o meglio potremmo dire con espressione di Calamandrei tra formulazione legislativa e "formulazione giudiziaria" del diritto.
Anche perché in bioetica la norma deve essere necessariamente flessibile, elastica, che lasci al contempo spazio all'autodeterminazione della persona, alla pratica medica e all'applicazione giudiziaria.
Tali norme non possono non tenere conto dei risultati dell'evidenza scientifica e anche dal cambiamento degli stessi per la falsificabilità del metodo. In tal senso non è errato ragionare in termini di parametro di "ragionevolezza scientifica".
La scienza, in qualche modo, talora, è al contempo il presupposto per l'esercizio tanto della valutazione politica, alla base dell'esercizio del potere legislativo, tanto dell'attività ermeneutica, con cui il giudice ricava la norma da applicare al caso concreto.

Le frontiere della bioetica sono in continua evoluzione ed è impossibile prevederne i limiti, anche in ragione del progresso scientifico, se non attraverso una disciplina giuridica duttile e flessibile, elastica e leggera.

La disciplina legislativa dovrebbe senza dubbio svolgere una scelta, la più largamente condivisa su alcune opzioni di fondo, che si traducano, per quanto possibile, in norme che lascino adeguati spazi di modulazione tanto alle prassi e alle decisioni mediche tanto all'opera dei giudici, i quali saranno chiamati, nelle diverse sedi, ad applicare la norma alla fattispecie concreta.

In bioetica la legge deve intervenire. Nel farlo non può tutto prevedere. Lo spazio rimesso al giudice nell'applicare il diritto al caso concreto riveste un ruolo decisivo. La regola in bioetica non può tradursi in disciplina di dettaglio, fatta da meri ordini, divieti e limiti stringenti, come emblematicamente quello, caduto sotto la scure della Corte, del numero massimo di produzione di tre embrioni.

Buone leggi in campo bioetico e scientifico non sono frutto di mera regola di maggioranza. Dove le forze prevalenti in una legislatura si fanno la "loro" legge, che semmai è irragionevole come nel caso della legge n. 40/2004, riscritta dalla Consulta, o verrà comunque cancellata e sostituita da altra di segno opposto dalla successiva maggioranza parlamentare.

La legge in questi campi deve essere frutto di confronto e sintesi democratica e plurale nel Parlamento.

Come magistralmente rilevato, "la mancanza di valori condivisi non può essere sostituita da «un'etica dei più», imposta attraverso lo strumento legislativo, dunque a mezzo della più classica tra le procedure maggioritarie" (S. Rodotà).

E' la costruzione a livello politico di un consenso ampio, sul piano dei valori di riferimento, la prospettiva migliore del legiferare in bioetica. Senza un tale modo di procedere, ponderare nel legiferare, ridurre a sintesi ragionevole i contrapposti diritti e interessi costituzionali, non si fa altro che rimettere il tutto ai giudici nel momento dell'applicazione al concreto fatto della vita di un "diritto", che diviene davvero poi "incalcolabile", ad utilizzare la preoccupata espressione di Natalino Irti.

Occorre invece porre limite all'incalcolabilità del diritto, ancor più del biodiritto, e questo non è un ritorno ad un anacronistico giudice *bouche de la loi* o allo stretto sillogismo, ma è un inno, un manifesto ad andare oltre le due culture con un costante, sapiente dialogo tra

diritto e altre scienze funzionali sia al momento della cognizione del giudice sia, ancor prima, alla stessa elaborazione della regolazione normativa.

4. In conclusione e allargando lo scenario alle nuove scoperte scientifiche e agli effetti delle stesse nel mondo del diritto, oggi possiamo solo immaginare i cambiamenti che le applicazioni dell'intelligenza artificiale, degli algoritmi possono produrre nei diversi campi sociali e professionali del loro possibile impiego. Un potenziale stravolgimento della società e, dunque, anche del diritto, se resta vero che *ubi societas, ibi ius* come insegnato dagli antichi.

Le scienze legate alla società degli algoritmi e dell'intelligenza artificiale mostrano capacità di impattare nel mondo del diritto sotto un triplice angolo prospettico.

Il primo è quello del ruolo del giudice, a cui è rimesso l'incontro del fatto concreto con la norma generale ed astratta. E' il giudice a fare questo con la sua capacità di svolgere quel processo logico, con cui ricava la norma dalla disposizione, e di applicare poi quella norma individuata al fatto concreto, il quale anch'esso andrà interpretato.

Non è difficile immaginare che l'intelligenza artificiale costituirà uno degli ausiliari del giudice, accanto, o al posto, del cancelliere, ad esempio, sia per ciò che concerne la ricerca della norma e dei precedenti sia per ciò che riguarda la ricostruzione del materiale probatorio.

E' noto, poi che sono in atto sperimentazioni per sostituire il giudice, specialmente per gli *small claims*, controversie di modesta entità, o per determinate fasi del giudizio, non prive in realtà di assoluto rilievo, come ad esempio, nella determinazione della pena o dell'ammontare del risarcimento.

Notevoli sono gli investimenti, pubblici e privati, sulla giustizia predittiva, volta a formulare una previsione statistica circa l'esito di una possibile controversia.

Il secondo profilo è quello dell'intelligenza artificiale come *oggetto* del diritto in alcuni ambiti, come la responsabilità dei veicoli a guida automatica, quello lavoristico, nella discriminazione nell'accesso al lavoro o nell'organizzazione del lavoro sia quello stesso penale. E sono emersi profili in cui emerge la delicatezza delle questioni.

Infine, le scienze rilevano poi dal punto di vista del legislatore e della politica, a cui è rimessa la produzione della legge e delle altre fonti del diritto. Anche il processo politico

di elaborazione delle scelte normative riguardanti l'intelligenza artificiale si deve rapportare sempre più con il dato scientifico, come sopra visto per la bioetica e le questioni di inizio vita. E il dato scientifico segna sempre più i confini di ragionevolezza e quindi di legittimità delle scelte operabili dal legislatore.

La stessa attività di produzione normativa, intrinsecamente collegata alla (perduta) centralità del Parlamento, può essere oggetto di problematica elaborazione da parte dell'intelligenza artificiale e non può escludersi che in futuro rientri tra gli stessi strumenti degli uffici parlamentari.

Oggi peraltro tutto ciò avviene in un quadro in cui tra politica e giustizia, tra Corti e legislatore, gli steccati non sembrano sempre così rigidamente fissati e lo *ius dicere* non sempre segue, ma talora precede la *legis latio*.

Le scienze cognitive, in conclusione, segnano una forte ascesa della dimensione fattuale del diritto a danno della sua dimensione strettamente normativista e sembrano segnare il superamento del libero convincimento del giudice e dello stesso brocardo dello *iudex peritus peritorum*.

Certo, oggi il giudice non può accostarsi alle altre scienze senza l'ausilio delle consulenze tecniche. Ma le stesse offrono esiti che non riducono necessariamente il ruolo del giudice e che non possono tradursi in una sorta di alibi a suo favore.

Il diritto stesso è una scienza con le sue regole, anche nel necessario dialogo con le altre scienze, che sempre di più svolgono funzione di supporto e sostegno alla decisione giudiziaria, ma non si sostituiscono alla stessa. Anche nello scenario che appare ancora futuro, ma sempre meno futuribile, dell'applicazione dell'intelligenza artificiale al diritto e alle decisioni giudiziarie il ruolo del giudice e del giurista è destinato a cambiare ma non a scomparire.

Il calcolo statistico, matematico, il *deep learning* e i *big data*, quali rispettivamente motore e combustibile dell'intelligenza artificiale, non possono prescindere dall'applicazione delle categorie giuridiche, così come di quelle mediche in sanità e così via.

Occorre chiedersi, però, se in futuro l'intelligenza artificiale fornirà il suo contributo anche a modellare tali categorie, se non a formarne di nuove. A chi apparterrà, in tale caso, il compito di istruirla e sorvegliarla? Nella consapevolezza che queste sedi di istruzione e sorveglianza dell'intelligenza artificiale saranno, se non lo sono già, le sedi di nuovi, forti poteri, su cui il Diritto costituzionale non deve mai cessare di svolgere la sua primaria

funzione di limite al potere a garanzia democratica dei diritti fondamentali, qualunque sia la derivazione di tale potere: politico, economico o anche scientifico e tecnologico.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

Chiara Berti – Professoressa Associata di Psicologia sociale – Università di Chieti-Pescara "Gabriele D'Annunzio".

Sergio Bianchi – Professore Ordinario di Metodi matematici dell'economia e delle scienze attuariali e finanziarie – Università di Roma "La Sapienza"

Raffaele Bifulco – Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università LUISS "Guido Carli".

Giuseppe Maria Cipolla – Pofessore Ordinario di Diritto tributario – Università di Cassino e del Lazio Meridionale

Virgilio D'Antonio – Professore Ordinario di Diritto privato comparato – Università di Salerno

Armando de Crescenzo – Dottore di ricerca (con certificazione aggiuntiva di Doctor Europaeus) in Diritti Umani. Teoria, storia e prassi – Università di Napoli "Federico II"

Pierpaolo Dell'Anno – Professore Ordinario di Diritto processuale penale – Università sudi Roma "Tor Vergata"

Luigi Di Santo – Professore Associato di Filosofia del diritto – Università di Cassino e del Lazio Meridionale

Gennaro Ferraiuolo – Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università di Napoli "Federico II"

Virgilia Fogliame – Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale – Università di Napoli "Federico II"

Cosimo Pietro Guarini – Professore Associato confermato di Istituzioni di diritto pubblico – Università di Bari "Aldo Moro"

Nicola Maffei – Dottore magistrale in Giurisprudenza – Università di Bari "Aldo Moro"

Raffaele Maione – Dottore di ricerca in Filosofia del diritto – Università di "Napoli Federico II". Professore a contratto – Università di Cassino e del Lazio Meridionale

Andrea Napolitano – Ricercatore t.d., lett. *a)* di Istituzioni di diritto pubblico – Università di Napoli "Parthenope"

Leonardo Pasqui – Dottorando di ricerca in Diritto europeo – Università di Bologna "Alma Mater Studiorum"

Pasquale Passalacqua – Professore Ordinario di Diritto del lavoro – Università di Cassino e del Lazio Meridionale

Fulvio Pastore – Professore Ordinario di Diritto costituzionale – Università di Napoli "Federico II"

Andrea Patroni Griffi – Professore Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Università della Campania "L. Vanvitelli"

Giovanna Petrillo – Professoressa Associata di Diritto tributario – Università della Campania "L. Vanvitelli"

Marta Picchi – Professoressa Associata di Istituzioni di diritto pubblico – Università di Firenze

Roberto Poli – Professore Ordinario di Diritto processuale civile – Università di Cassino e del Lazio Meridionale

Giovanni Camillo Porzio – Professore Ordinario di Statistica – Università di Cassino e del Lazio Meridionale

Antonio Punzi – Professore Ordinario di Filosofia del diritto – Università LUISS "Guido Carli"

Gianrico Ranaldi – Professore Associato di Diritto processuale penale – Università di Cassino e del Lazio Meridionale

Livia Saporito – Professoressa Ordinaria di Diritto privato comparato – Università della Campania “L. Vanvitelli”

Antonio Tipaldi – Docente a contratto di Diritto commerciale – Università di Salerno. Cultore della materia in diritto privato comparato – Università della Campania “L. Vanvitelli”

Rossella Tomassoni – Professoressa Ordinaria di Psicologia generale – Università di Cassino e del Lazio Meridionale

Daniele Trabucco – Professore Associato di Diritto costituzionale italiano e comparato e Dottrina dello Stato – Libera Accademia degli Studi di Bellinzona (Svizzera)/UNIB – Centro Studi Superiore INDEF (Istituto di Neuroscienze Dinamiche “*Erich Fromm*”). Dottore di Ricerca in Istituzioni di Diritto Pubblico – Università di Padova

Eleonora Treglia – Professoressa a contratto – Università di Cassino e del Lazio Meridionale

Raffaele Trequattrini – Professore Ordinario di Economia aziendale – Università di Cassino e del Lazio Meridionale

EDITORIAL TEAM

Direttori: Raffaele Bifulco - Lorenzo Chieffi - Alberto Lucarelli - Andrea Patroni Griffi

Direttore Responsabile: Alberto Lucarelli

Coordinatore dei Comitati Scientifico ed Editoriale: Andrea Patroni Griffi

Comitato Scientifico: Francisco Balaguer Callejon (Università di Granada), David Capitant (Università di Parigi 1 Panthéon-Sorbonne), Claudio De Fiores (Università della Campania "Luigi Vanvitelli"), Anna Maria Nico (Università di Bari "Aldo Moro"), Anna Papa (Università di Napoli "Parthenope"), Andrea Pertici (Università di Pisa), Mathieu Touzeil-Divina (Università di Toulouse Capitole), Arianna Vedaschi (Università di Milano "Bocconi")

Comitato Editoriale: Giampiero Buonomo, Roberta Calvano, Giuseppe Campanelli, Alfonso Maria Cecere, Ines Ciolli, Giovanna De Minico, Luigi Ferraro, Erik Furno, Cosimo P. Guarini, Barbara Guastaferro, Carlo Iannello, Sara Lieto, Giovanni Luchena, Raffaele Manfrellotti, Sergio Marotta, Paola Mazzina, Daniela Mone, Fulvio Pastore, Raffaele Picaro, Guido Rivosecchi, Lucia Scaffardi, Silvia Sassi

Corrispondenti dei Comitati scientifico e editoriale di Bari e Puglia: Antonio Colavecchio, Mario Esposito, Cosimo Pietro Guarini, Giovanni Luchena, Ugo Patroni Griffi, Raffaele Guido Rodio, Vincenzo Tondi della Mura, Andrea Tucci

Redazione: Armando De Crescenzo, Luca Di Majo, Maria Chiara Girardi, Franca Meola, Andrea Napolitano, Giacomo Palombino, Luigi Sica, Giovanni Terrano